

# דין או צדק? התוקף ההלכתי של דין אזרחי המנוגד לשיקולי צדק

רון ש' קליינמן\*, אבישלום וסטרייך\*\*

א. מבוא: היחס ההלכתי לדין האזרחי, "מנגנוני סינון" הלכתיים ושיקולי צדק

מעמדו של הדין האזרחי – היינו, החוק והפסיקה האזרחיים – הוא מהאתגרים המרכזיים הרובצים לפתחם של אנשי הלכה במדינת ישראל. יש פוסקים ודיינים השוללים בכל תוקף הכרה הלכתית בדין האזרחי, ובכלל זה אימוץ ואפילו חלקי שלו על ידי ההלכה. אחרים מוכנים להכיר, במידה משתנה, בתוקפו של הדין האזרחי, ומוכנים לאמץ אותו או את חלקו – בהתאם לעמדתו של הפוסק ובהתאם לנושא שעל הפרק – כחלק מההכרעה ההלכתית במקרה הנידון. הם עושים זאת באמצעות מגוון כלים וכללים הלכתיים, ובהם: "דינא דמלכותא דינא", "מנהג המדינה", תקנות קהל, הסכמה מפורשת של הצדדים או הסכמה מכללא שלהם.<sup>2</sup>

\* המאמר מוקדש למורי וידידי, פרופ' אלימלך וסטרייך, בהוקרה, בהערכה רבה ובתודה על שנים רבות של חברות טובה, על תרומתו הגדולה לחקר המשפט העברי ועל עידוד וליווי של דור ההמשך של חוקרי המשפט העברי.

\*\* המאמר מוקדש לאבי מורי, ממנו למדתי אהבת תורה, אהבת החכמה ואהבת האדם. אבי ואימי נטעו בנו את הכמיהה לשיג ושיח, למחשבה משותפת, כמו גם לוויכוח ולמחלוקת לשם שמיים; והמאמר הנוכחי הוא פרי דרך זו.

תודתנו נתונה לרבנים מיכאל אברהם, מאיר ברקוביץ', סיני לוי ורפאל שטרן, לפרופ' עמיחי רדזינר ולשופט האנונימי של המאמר, על הערות מאירות עיניים. כן נתונה תודתנו לעורכים ולחברי המערכת על הערות בונות ועל עבודת עריכה מעולה. הדגשות המופיעות בציטוטים, פיסוקם והוספות המובאות בהם בסוגריים מרובעים הם שלנו, אלא אם נאמר אחרת. לנוחות הקוראים, פתחנו ראשי תיבות וקיצורים.

1 הערת מינוח: המאמר דן במעמד ההלכתי של החוק החקוק ושל הפסיקה האזרחיים כאחד, אולם לצורך הקיצור נשתמש לעיתים רק במינוח הכללי: החוק האזרחי. כל עוד לא ייאמר אחרת, הכוונה היא לחוק החקוק ולפסיקה האזרחית.

2 כללים הנוכחים למעלה אפשר להוסיף גם את משפט המלך, אולם בו כמעט שלא נעשה

בריקת פסקי דין רבניים ופסקי הלכה שניתנו בעבר וגם בזמננו מגלה כי כבואם לשקול אם ראוי לאמץ חוק אזרחי מסוים נעזרים הפוסקים בכמה "מנגנוני סינון",<sup>3</sup> וביניהם: האם החוק מנוגד לדין תורה?<sup>4</sup> האם החוק נחקק "לתקנת בני המדינה", היינו לטובת הציבור?<sup>5</sup> האם מדובר בחוק רע? וכניסוח הלכתי: האם המנהג שנוצר מכוח החוק הוא "מנהג גרוע"?<sup>6</sup> האם חכמי ההלכה היו מחוקקים את החוק

שימוש בפסיקה בזמננו. גם השימוש בתקנות קהל הוא מועט ביותר. על אימוץ הדין האזרחי בפסיקה ההלכתית בימינו ראו למשל: שמואל שילה דינא דמלכותא דינא (תשל"ה); אליאב שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" שנתון המשפט העברי טז-יז 417-500 (תש"ן-תשנ"א); ישראל בן-שחר ויאיר הס "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה" כתר א 339-385 (תשנ"ו); דב פרימר "השפעת המשפט הישראלי על המשפט העברי" מדעי היהדות 39, 133-143 (תשנ"ט); גרשון גרמן מלך ישראל – ריבונות לדורות בראי ההלכה, ומעמד של חוקי הכנסת בעולמה של ההלכה (2003); יואב שטרנברג "מעמד חוקי המדינה בדין תורה" הלכה פסוקה [halachapsuka.googlepages.com/law-halacha.doc](http://halachapsuka.googlepages.com/law-halacha.doc); יואב שטרנברג ועדו רכניץ "תוקפם ההלכתי של חוקי המדינה בדיני ממונות" 14-27 (תשס"ח) דין תורה <https://www.dintora.org/publication/14>; רון ש' קליינמן "החוק האזרחי במדינה – 'מנהג המדינה'?" תחומין לב 261-272 (תשע"ב) (להלן: קליינמן, "החוק"); רון ש' קליינמן "האם חוקי המדינה מחייבים כ'מנהג' גם את מי שאינו מכיר אותם?" תחומין לג 82-93 (תשע"ג); רון ש' קליינמן "יחס הדיינים לחוק ולפסיקה האזרחיים ובפרט לבנייה בלתי חוקית" תחומין לו 346-358 (תשע"ו); רון ש' קליינמן "באיזו מידה צריך לפסוק לפי החוק האזרחי?" תחומין לו 388-399 (תשע"ז) (להלן קליינמן, "באיזו מידה"); רון ש' קליינמן "הלכה והשקפה: יחסי גומלין – מאפייני פסיקות של דיינים חרדים במדינת ישראל בסכסוכים ממוניים" משפט חברה ותרבות א 107-166 (2018) (להלן: קליינמן, "סכסוכי ממון"); Ron S. Kleinman, *Civil Law as Custom: Jewish Law and Secular Law – Do they Diverge or Converge?*, 14 THE REVIEW OF RABBINIC JUDAISM, 11-36 (2011); *idem*, *The Halakhic Validity of Israel's Judicial System Among Israeli Ultra-Orthodox Halakhic Decisors: The Building Laws and Condominium Housing Laws as a Test Case*, 18(2) THE REVIEW OF RABBINIC JUDAISM, 227-259 (2015); "מקומו של מנהג המדינה בקביעת הנורמה ההלכתית" אמונת עתיד 97, 88-95 (תשע"ג); דניאל כ"ץ "הכל כמנהג המדינה – עקרונות המנהג בדיני ממונות" אמונת עתיד 107, 126-137 (תשע"ה); דניאל כץ "הכל כמנהג המדינה" – חלק שני" אמונת עתיד 108, 103-109 (תשע"ה).

3 המונה "מנגנוני סינון" הוצע בהקשר דנן, למיטב ידיעתנו, לראשונה במאמרו של קליינמן, "באיזו מידה", שם, בעמ' 396.

4 על סמך ש"ך, חושן משפט עג, ס"ק לט.

5 רמ"א, חו"מ שטט, יא. לשימוש בעקרון-על זה כמנגנון סינון, ראו רון ש' קליינמן "הכל כמנהג המדינה?" – הלכה והשקפה בפסיקת הדיינים בבתי הדין הממלכתיים בישראל בסכסוכי עבודה" מחקרי משפט לב 141-211 (2019).

6 על סמך רבנו תם בתוספות, ב"ב דף ב, ע"א, ד"ה בגויל. וראו עוד (על שימוש ב"מנהג גרוע" כמנגנון סינון): קליינמן, "באיזו מידה", לעיל ה"ש 2, עמ' 396; רון ש' קליינמן, "שיקול

הנידון? האם החוק מנוגד לעקרונות של צדק ומוסר לפי השקפת התורה? האם החוק גורם לתוצאה שאינה צודקת בנסיבות העניין?

מנעד הגישות בשאלת אימוץ הדין האזרחי רחב למדי. הוא מושפע ממנגנוני הסינון הנזכרים, כמו גם מתפיסות עולם עקרוניות בשאלת היחס לדין האזרחי. דיון ישיר בכל המנגנונים הללו ובעמדות העקרוניות נעשה בעבר, ולפיכך חורג מגבולות המאמר שלפנינו. מאמר זה יוקדש לבחינת התוקף ההלכתי של חוקים אזרחיים ושל פסיקה אזרחית לאור שיקולי צדק. דהיינו, המאמר יבקש לבחון את מידת אימוצו של הדין האזרחי על ידי פוסקי ההלכה, תוך התמקדות באפשרות ה"סינון" משיקולי צדק. אלא שמלבד בחינת הגישות השונות בשאלה המסוימת של אימוץ החוק או דחייתו משיקולי צדק, יבקש המאמר לאתר ממדי עומק סמויים יותר בשאלת יחס של פוסקי הלכה ודיינים לדין האזרחי. ממדים אלו ייחשפו, בין היתר, באמצעות ניתוח הפערים שבין רטוריקה לבין מהות בהנמקה ההלכתית בשאלה הנידונה. תרומתו של המאמר באמצעות ניתוחם של ממדי עומק אלו וחשיפת המורכבות הפנימית ביחס אליהם תהיה, אם כן, לא רק בנוגע לשאלת מקומו של הצדק בפסיקה ההלכתית, אלא גם בנוגע לדיון העקרוני בשאלת היחס של פוסקים ודיינים לדין האזרחי ולמידת אימוצו.

נסביר נקודה זו. כאמור, המאמר איננו עוסק בוויכוח העקרוני אם יש תוקף הלכתי לדין האזרחי, אלא מניח אימוץ של הדין האזרחי באמצעות אחד הכלים ההלכתיים שזכרו לעיל, ומבקש לבדוק לאורו את השפעתם של שיקולי צדק על פסיקת ההלכה. לצד זאת, כפי שכבר רמזנו, פעמים שהדיון בהשפעתם של שיקולי צדק מסווה דיון עקרוני יותר בשאלה העקרונית בדבר מעמדו ההלכתי של הדין האזרחי. כך, נבקש להצביע כיצד רטוריקה של שיקולי צדק עשויה להסתיר עמדות מהותיות יותר: אם דחייה עקרונית של הדין האזרחי ואם דווקא הפנמה מהותית שלו. חשיפת המקרים הללו, מטבע הדברים, קשה יותר. נתמקד בה בשני מקרי מבחן שבהם נדון: דרישת הכתב בעסקת תיווך במקרקעין וזכות האישה למחצית נכסי בני הזוג מכוח הלכת השיתוף במקרים של בגידה בבן הזוג.

דעת שיפוטי בדיני ממונות: 'מנהג גרוע' כמקרה מבחן" ספר יעקב וינרוט (טרם פורסם); רון ש' קליינמן דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי: משפט, ריאליה והיסטוריה 321, ה"ש 12 (2013).

- 7 על סמך שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' מד. ראו למשל להלן, ליד ה"ש 72-74.
- 8 למשל: הרב שרמן במאמריו בנושא "הלכת השיתוף", להלן ה"ש 110, ובעקבותיו, הרב ינאי, להלן ליד ה"ש 129; הרב אשר וייס – ראו: אשר וייס "גרדי היתר לפנות לערכאות" תחומין ל 281 (תש"ע); שו"ת מנחת אשר, ב, סי' קכב, אות ג; ובדברים שבעל-פה, הובאו אצל קליינמן, "באיזו מידה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 392.
- 9 לגבי ניתוח הגישות העקרוניות בשאלת היחס ההלכתי למשפט הישראלי, בהתחשב בין השאר בשיקולים לבר הלכתיים כגון בעמדה האידאולוגית ביחס למדינת ישראל, ראו למשל יצחק ברנר ערכאות של גויים במדינת היהודים (תש"ע).

המאמר יבקש אפוא לעמוד לא רק על השיקולים ההלכתיים הפרטניים ששימשו דיינים ופוסקים ביחס למשקלם של שיקולי צדק, אלא גם על הכלים הפרשניים שבהם הם השתמשו ועל משמעותם בשאלת מעמדו ההלכתי העקרוני של הדין האזרחי. כללם של דברים, מבין השיטין של הדיונים בשאלת אימוצו של חוק אזרחי המנוגד לצדק, יבקש המאמר להאיר נדבך מורכב של מנגנוני סינון וקבלה בשאלת היחס שבין ההלכה לבין החוק והפסיקה האזרחיים – שאלה חיונית, המלווה את ההלכה מזה דורות, ומתעצמת במציאות המשפטית המורכבת במדינת ישראל.

### ב. הלכה וצדק: המפגש

מתח בין החוק לבין שיקולי צדק מתעורר מעצם קיומה של נורמה משפטית באשר היא. חוק מסוים או יישומו של החוק בנסיבות המקרה עלולים להיות בלתי צודקים. לעיתים החוק כשלעצמו מנוגד לצדק (או למוסר), ולעיתים כלליות החוק היא שעלולה להוביל לחוסר צדק במקרים מסוימים – שאלה שדן בה כבר אריסטו, ולאחריו הוטרדו מכך הוגים רבים ואנשי תורת המשפט לאורך הדורות, הן בשיח ההלכתי והן מחוצה לו.<sup>10</sup>

אלא שהמושג צדק עצמו אינו אחד, ולקראת דיונו הנוכחי חשוב במיוחד להגדיר למה כוונתנו בדברנו על "שיקולי צדק". ימיו של מושג הצדק כימי עולם, ולפחות כימי הדין והמשפט, כלשונו של הכתוב המצווה לשופטים ולשוטרים: "לא תטה משפט לא תכיר פנים ולא תקח שחד... צדק צדק תרדף".<sup>11</sup> צדק אפוא עשוי להיות יישום בלתי מוטה של הדין. צדק הוא גם קריאה חברתית לתיקון עוולות, לצמצום פערים ולשינוי

10 על בעיית כלליות החוק אל מול שיקולי צדק ראו, למשל: חיים גנו "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז 587-591 (תשנ"ב); יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט 69-71** (תשנ"א); Frederick Schauer, *PLAYING BY THE RULES* (1991); Frederick Schauer, *THINKING LIKE A LAWYER* (2009); Cass Sunstein, *LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT* (2018). לשאלת כלליות החוק במשפט העברי, ראו, למשל: יצחק אנגלרד "על דרך הרוב" ובעיית היושר במשנתו של הרמב"ם" **שנתון המשפט העברי יד-טו** 31-59 (תשמ"ח-תשמ"ט), ובמקורות שצוינו לאורך המאמר; Aharon Kirschenbaum, *EQUITY*; *IN JEWISH LAW* (New York, vols. 1-2, 1991) עיונים במורה נבוכים ג: לד (חנינה בן-מנחם וברכיהו ליפשיץ עורכים, 2004). שאלת הזהות העקרונית בין חוק לצדק או למוסר (היינו: אם חוק מעצם הגדרתו חייב להיות מוסרי) נוגעת לוויכוח היסודי בתורת המשפט בשאלה מהי חובה משפטית, ואף על כך נשתברו קולמוסים רבים. לתמצית ולהפניות ראו דוד אנוך ואלון הראל "עיון פילוסופי במשפט ואודותיו" **דין ודברים** ד 19-28 (תשס"ח). שאלה זו נקשרת, ודאי בהקשר ההלכתי, גם לדיון העקרוני ביחסי דת ומוסר, ראו דניאל סטטמן ואבי שגיאת **דת ומוסר** (תשנ"ג), אך בכך כבר חרגנו יתר על המידה מנושא דיונונו.

חברתי.<sup>12</sup> צדק משמש גם כהנחיה נורמטיבית באשר לדוקטרינה השיפוטית ולתוכן החוק הראויים, למשל: צדק חלוקתי אל מול צדק מתקן.<sup>13</sup> ולבסוף, צדק משקף גם תחושה סובייקטיבית, של עוול הנגרם דווקא מיישום החוק כלשונו. מושג הצדק הוא אפוא רב גוונים ורב משמעויות. אין אחידות באשר ליישומו, אין הסכמה באשר למשמעויותיו, ובמידה רבה הוא סובייקטיבי, תלוי מקרה ותלוי תפיסת עולם.<sup>14</sup>

ברם, בענייננו איננו מגדירים – ואיננו נזקקים להגדיר – את המושג צדק בהגדרה אחת בלעדית. מוקד דיוננו הוא בבחינת מצבים שבהם שיקולי צדק – בין אם הפוסקים והדיינים משתמשים במונח "צדק" ובין אם לאו – משפיעים (בצורה מלאה או חלקית) על אימוץ ויישום של הדין האזרחי על ידם, ומרכז ענייננו הוא עמדותיהם ביחס לחוק האזרחי לאור שיקולים של צדק, כפי שהללו נתפסים בעיניהם. במילים אחרות, המאמר מבקש לבחון כיצד נוהגים דיינים ופוסקים כאשר חוק אזרחי, כולו או חלקו, נראה להם בלתי צודק, או כאשר יישומו במקרה מסוים נראה להם בלתי צודק: אם בכל זאת הם מאמצים אותו או שהם מסרבים לעשות זאת, ומה נימוקיהם. מן הראוי לשים לב בהקשר לכך כי מוקד המאמר איננו תפקידם של שיקולי הצדק בפסיקה ההלכתית באופן כללי, ולפיכך המאמר אינו בוחן את יחס הפוסקים לדין תורה המנוגד לדעתם לשיקולי צדק. מוקד המאמר הוא בחינת השפעתם של שיקולי צדק על מעמדו ההלכתי של הדין האזרחי ועל מידת יישומו בפסיקה ההלכתית.

מה הן נקודות המפגש האפשריות בין פסיקת הלכה לבין שיקולי צדק? הדברים באים לידי ביטוי בעיקר בשני סוגי מקרים: האחד, מקרים שבהם תוכן החוק נראה לפוסק בלתי צודק, כאשר החוק האזרחי בוחר בדוקטרינה מסוימת, בעוד הפוסק סבור כי יש ללכת בדרך אחרת. כמובן, פעמים רבות הדוקטרינה השיפוטית הראויה בעיני הפוסק אינה אלא דין תורה, ובכך למעשה מסתיר טיעון הצדק את המתח היסודי שבין ההלכה לבין הדין האזרחי, ולכך ניתן את דעתנו להלך. הסוג השני אלו מקרים שבהם תוכן החוק

12 על הצדק במשפט העברי והכללי נכתב כמובן רבות. ראו למשל: מנחם אלון **המשפט העברי** במפתח, בערך "צדק ויושר" (מהדורה שלישית, תשמ"ח); חיים שיין **הצדק במשפט העברי** (פרקי מבוא) (1994); נחום רקובר **אוצר המשפט** בערך "צדק ומשפט", חלק א 39 (תשל"ה) וחלק ב 57 (תשנ"א); משה הלינגר "צדק כולל וצדק חברתי ביהדות ההלכתית ובהגות הליברלית בת-זמננו: היבטים משווים" **צדק שלי, צדק שלך** 111-145 (ידידיה שטרן עורך, 2010). וראו בקובץ זה מגוון רחב של מובנים וגישות למושג הצדק, בדגש על ההקשר היהודי והישראלי.

13 ראו אריסטו **אתיקה – מהדורת ניקומאכוס** ספר ה, פרקים ג-ד (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1985). לשני סוגי הצדק הללו השפעה על אופייה של המערכת המשפטית, לדוגמה בדיני נזיקין: Izhak Englard, *THE PHILOSOPHY OF TORT LAW*, 3-5 (1993).

14 כמובן זה מושג הצדק דומה למושגים אחרים, השנויים במחלוקת מעצם טיבם ("Essentially contested concepts"), ובהם דמוקרטיה, משפט ועוד. ראו: אנוך והראל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 27, ושם, ה"ש 17.

נראה אומנם צודק בעיני הפוסק, אולם יישומו במקרה מסוים מביא לתוצאה שאינה צודקת לדעתו. אין כאן ערעור עקרוני על החוק האזרחי, אלא ניסיון לפתור חוסר צדק נקודתי. קבוצת המקרים הזו נוגעת, כאמור לעיל, גם בבעיה העקרונית ועתיקת היומין של כלליות החוק.<sup>15</sup> בעיה זו עומדת ברקע הדברים, אולם מוקד דיונונו איננו הבעיה כשלעצמה, אלא האופן שבו היא משמשת כדי לדחות או לסייג את הדין האזרחי. כללו של דבר, ענייננו הוא במקרים שבהם תחושתו של הפוסק היא שהחוק האזרחי הנתון מנוגד לצדק, אם בשל תוכנו של החוק ואם בשל יישומו במקרה הנידון.

בהמשך לאמור לעיל, ובטרם ניגש לניתוח הפרטני, עלינו לעמוד על שני היבטים הנוגעים לשיח ההלכתי באשר לתוקפו של החוק האזרחי: האחד, קיומם של יחסי גומלין ואף השפעה הרדית בין השיח ההלכתי לבין השיח המשפטי האזרחי, והשני, דמותה של ההלכה בעיניהם של הפוסקים לאור זיקות אלו. לא נוכל כמובן להרחיב בשני היבטים אלו, ועל כן נסתפק בהצבעה על התוכנות המרכזיות המאפיינות אותם, במידה הנצרכת לעיוננו, כפי שעולה מדיונונו כאן וכפי שעלה במחקרים אחרים בעבר.

המשפט העברי מצוי ביחסי גומלין מתמידים עם סביבתו, יחסי גומלין אשר משפיעים השפעה מכרעת על התפתחותו. היסטוריונים וחוקרי הלכה רבים עסקו בכך בקשת רחבה של נושאים הלכתיים, במגוון תקופות ומתוך עושר של גישות, לעיתים חלוקות ולעיתים מסכימות.<sup>16</sup> מי לנו יותר מבעל היובל, (אבי מורי) פרופ' אלימלך וסטרייך, שעסק בפנים רבים של יחסי גומלין שכאלו ובהשפעותיהם, במגוון מחקריו בתחום דיני המשפחה ובתחומים אחרים.<sup>17</sup> נראה לנו שלא ניתן להתכחש לקיומם של קשרים אלו, וכי קשה להפריז בחשיבותם ובהשפעתם על ההלכה.

לצד זאת, בעיניהם של פוסקי הלכה רבים השיח ההלכתי הוא שיח הלכתי פנימי, שיש לו קיום עצמאי והוא אינו מותנה בסביבתו ובהקשריו. מעתה, פעמים שההשפעה על ההלכה הנוצרת מן המפגש שבינה לבין סביבתה אינה גלויה מעל לפני השטח אלא סמויה ומוסווית, ואנשי ההלכה אינם מודים בה מפורשות, אולם לעיתים השפעה זו ניתנת לחשיפה.<sup>18</sup> חשוב להדגיש כי אין להסיק כלל מחשיפה זו כי השיח ההלכתי איננו

15 ראו לעיל, ה"ש 10.

16 לדוגמה בעלמא ראו יעקב כ"ץ גוי של שבת (1984); וראו עוד: ישראל מ' תא-שמע הלכה, מנהג ומציאות באשכנז 1100 – 1350 185-188 (2001); קליינמן, דרכי קניין, לעיל ה"ש 6.

17 ראו, שוב – לדוגמה בעלמא: אלימלך וסטרייך "מרע ורפואה בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל" משפטים כו 425 (תשנ"ו); אלימלך וסטרייך "עשיית משפט בידי הרבנים הראשיים בתקופת המנדט – בעקבות אתגרי הציונות" מאה שנות ציונות דתית 83 (דב שוורץ ואבי שגיא עורכים, כרך ב תשס"ג); אלימלך וסטרייך "דיני המשפחה מול אתגרי המודרנה: הפולמוס על נישואי ייבום בקרב חכמי מרוקו" דיני ישראל כו-כז 163 (תשס"ט-תש"ע).

18 ראו לדוגמה, אבישלום וסטרייך ועמיהי רדזינר "מהפכנות ושמרנות בפסיקת בית הדין הרבני: על אכיפת גירושין בטענת 'מאיס עלי'" עיוני משפט מב 685-686 (תש"ף). על

כן. טענתנו היא כי יש לראות את הדברים בצורה מורכבת, כשיח המשלב דיון פרשני פנימי, כמו גם הקשרים של תגובה, הפנמה או דחייה, הנוגעים לנסיבות המקרה הנידון.<sup>19</sup> בנושא שלנו המפגש, ולעיתים העימות, גלויים, שהרי השאלה הנדונה היא אימוץ החוק האזרחי לתוך חיקה של ההלכה או דחייתו במקרים שבהם יישומו פוגע, לדעת הפוסק או הדיין, בצדק. המבט העצמי החוזר (הרפלקסיה העצמית) של פוסקי ההלכה על משמעות הכרעותיהם ההלכתיות בשאלה זו אינו סמוי אלא גלוי, ומהותו: האם ובאלו מגבלות יכולה ההלכה לקבל את החוק האזרחי. זהו אפוא מקרה מבחן מרתק של גבולות המפגש שבין ההלכה לבין סביבתה החיצונית בעיני פוסקים ודיינים. ברם, גם בענייננו נבקש להראות כי לעיתים מתקיים שיח מורכב יותר, סמוי, שאף בו מתקיימים יחסי גומלין בין ההלכה לבין הסביבה החברתית-היסטורית שלה – בדיוננו: המשפט האזרחי – יחסי גומלין המתבטאים לעיתים בדחייה ולעיתים בהפנמה של סביבה זו.

### ג. דחיית הדין האזרחי משיקולי צדק

נפתח את דיוננו בבחינת גישות שונות המבקשות לדחות או לסייג את תקפותו של הדין האזרחי כשתוכנו נוגד שיקולי צדק, ובניתוח הטיעונים השונים ומגוון הכלים הפרשניים המשמשים גישות אלו. כפי שנבקש להראות, הקבלה המסויגת של החוק האזרחי מלמדת כי מנגנוני האימוץ ההלכתיים של החוק האזרחי – "מנהג המדינה", "דינא דמלכותא

אודות ההבדל שבין עמדתם של חוקרי הלכה לבין זו של פוסקים ודיינים בנוגע לשאלה האם עקרונות-על הלכתיים (עקרונות "מטה הלכתיים") הם עקרונות חוץ-הלכתיים או פנים-הלכתיים, ראו קליינמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 150-152.

עדיאל שרמר נוטה לראות בהכרעה ההלכתית יישום שרירותי של כלים הלכתיים לצורך המסקנה שאליה חותר הפוסק, והוא מקשר זאת לריאליזם המשפטי. ראו: עדיאל שרמר **מעשה רב** 23-53 (תשע"ט). ברם, לדעתנו אין לראות את הדיון בצורה מפצלת (דיכוטומית), היינו: שיח הלכתי פנימי, בלתי תלוי בהקשרים חיצוניים, אל מול שיח הלכתי שהמקורות בתוכו הם כחומר ביד היוצר, ברצותו מעקם וברצותו מיישר. ממילא, אף על פי שיש יחסי גומלין בין ההלכה לבין סביבתה, והדברים כאמור מוכרים ומקובלים במחקר, אין לגזור מכאן מסקנה השוללת את כנותו של השיח ההלכתי, כפי שמשמעת מדברי שרמר. ההכרעה ההלכתית היא הכרעה מורכבת, המשלבת בתוכה תהליכים פרשניים המושפעים מהמקורות ההלכתיים, כמו גם מנסיבות המקרה הנידון. לדיון תיאורטי בנקודה זו ראו אבישולם וסטרייך "רטוריקה ומהות ירדו כרוכים זה בזה? על נישואין אזרחיים בעקבות פרשת 'בני נח'" **משפחה במשפט** 1-543, 558-560 (תשע"ג-תשע"ד); אבישולם וסטרייך "על הדין והדיין – תשובה לעמיחי רדזינר" **משפחה במשפט** 1-605 (תשע"ג-תשע"ד). לדוגמה פרטנית, להמחשת שילובם של המעגלים השונים בהכרעה ההלכתית (מעגל פנימי של שיח הלכתי במקורות ההלכתיים ומעגלים חיצוניים, הנוגעים להקשרים של זמן ומקום), ראו אבישולם וסטרייך ועמיחי רדזינר "מה בין עגונות למזמרים? על מהפכנות ויצירתיות בפסיקת בתי הדין הרבניים" **מחקרי משפט** לג (תשפ"א), סעיף ו.

דינא" וכדומה – אינם מוחלטים. במילים אחרות, התוקף ההלכתי הניתן לחוק מסוים אינו שקול להלכה מקורית, הכתובה בתלמוד או בספרי הפוסקים, אלא נתון לבחינה ולסיוג. משנמצא כי תוכנו של החוק נוגד את מה שנתפס בעיני הפוסק כשיקול של צדק – מושג המעוצב פעמים רבות, כפי שנראה להלן, על ידי שיקולים הלכתיים – הפוסק אינו מעניק לחוק תוקף הלכתי על אף קיומם של מנגנוני האימוץ הנזכרים

יש להעיר כי דיונונו במאמר זה איננו היסטורי אלא סינכרוני. כלומר: אין מדובר בדיון המבקש לבחון גישות בחתך זמן מוגדר או לנתח התפתחות רעיונית על ציר זמן ומקום נבחרים, אלא בדיון המבקש לפרוס מגוון רחב ככל הניתן של גישות עקרוניות ביחס לסוגיה הנדונה, קרי: היחס לחוק במקרה שבו הוא נוגד שיקולי צדק, וההשלכה האפשרית של דיון זה על היחס ההלכתי העקרוני לדין האזרחי.

### 1. דחיית החוק בשל תוכנו

שיקולי צדק מצדיקים לעיתים דחייה מוחלטת של החוק. כך, לדוגמה, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל (ירושלים, 1880–1953) דן בתוקף חוקי התיישנות,<sup>20</sup> אשר קובעים כי נושה שכידו חוזה הלוואה ולא תבע את חובו במשך זמן מסוים, תביעתו "מתיישנת" והוא מאבד את זכותו לתבוע.<sup>21</sup> הוא קובע כי לפי ההלכה התיישנות שטר אינה פוסלת אותו אלא רק מעוררת ספקות לגבי מהימנותו. אולם, אם הוברר שהשטר מהימן אפשר לתבוע מכוחו.

בסיום תשובתו נדרש הרב עוזיאל לשאלה אם יש לחוק התיישנות תוקף הלכתי, מכוח "דינא דמלכותא" או מכוח "מנהג המדינה". הוא פוסק כי אם הדין מתרשם שהמסמך אמין והחוב קיים, יש תוקף למסמך אף שלפי החוק חלפה תקופת ההתיישנות. במקרה כזה אין לפסוק לפי החוק אף על פי שהוא הפך ל"מנהג המדינה", כי "דין ישראל מחייב את הדיין לדון דין אמת לאמתו". אין זה דומה למנהגי הסוחרים, התקפים על פי ההלכה, משום שהצדדים התקשרו על דעת מנהגים אלו. לעומת זאת, במקרה דנן אין הסכמה כזו של הצדדים, ומשום כך חוק התיישנות הוא "דינא דגזלנותא [=חוק של גזל] ואין הגזל נותר מפני המנהג". לדעת הרב עוזיאל, חוק התיישנות נוגד את הצדק. הצדק הוא

20 שו"ת משפטי עוזיאל, חושן משפט, סימן כח (הראשון לציון והרב הספרדי הראשון של מדינת ישראל). השאלה שנשאל הייתה כללית, לחוות דעתו על "התיישנות שטר חוב, שלפי משפט העמים חל התיישנות על חובות שלא נתבעו במשך תקופה מסוימת של אחר זמן הפרעון" (התשובה אינה מתוארכת. הכרך יצא לאור לראשונה בשנת ת"ש, 1940).

21 על התיישנות במשפט הישראלי ראו: אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 177–195 (מהדורה 12, 2005); זלמן יהודאי דיני התיישנות בישראל: תוך זיקה למשפט האנגלי והאמריקני (1991); שירלי דגן דיני ההתיישנות: על ישן וחדש (2004); טל חבקיין התיישנות (2014); איריס מרקוס הפרשנות לחוק התיישנות (מהדורה מעודכנת ומורחבת, 2017).



הערך העליון לפי דין תורה,<sup>22</sup> ולכן תוקפו של חוק אזרחי מכוח "דינא דמלכותא" או "מנהג המדינה" כפוף לשיקולי צדק.<sup>23</sup>

בדומה לרב עוזיאל, גם הרב מאיר יששכר מאזוז פוסק שאין תוקף הלכתי לחוק ההתיישנות כתקנת הציבור, שכן התיישנות "נוגדת את הצדק הטבעי" של ההלכה. לדבריו, אין להעדיף "גורמי סדר ויציבות [...] [על פני] עשיית הצדק לפרט".<sup>24</sup>

אפשר להשיג על הדברי הרבנים עוזיאל ומאזוז. ראשית, מכיוון שכך קובע חוק ההתיישנות, סביר יותר שהצדדים התקשרו על דעת חוק זה או על דעת חוקי המדינה באופן כללי, שלא כדברי הרב עוזיאל. ושנית, היות שחוק ההתיישנות מקדם מטרות ראויות ובהן ודאות ויציבות, כפי שציין הרב מאזוז עצמו, אין לראות בו, גם לא מן המבט ההלכתי, חוק שמנוגד לצדק, וודאי לא חוק של "גזל". הקביעה שהחוק אינו צודק אינה נובעת אפוא מתפיסת צדק כללית אלא בעיקר מן העובדה שהוא מנוגד לדין התורה, המעדיף בנושא זה עשיית צדק לפרט על פני שיקולי צדק לכלל כדוגמת ודאות ויציבות.<sup>25</sup>

הרב דב ליאור סובר אף הוא כי אימוץ חוק אזרחי כפוף לבחינת תוכנו לאור שיקולי צדק והיגיון. במאמר קצר משנת 1982, שהתבסס על ראיון עימו, משרטט הרב ליאור קווים ראשוניים בנושא תוקפם של חוקי המדינה. הוא קובע כי באופן עקרוני "לחוקי המדינה [הממונים] שאינם נוגדים דין כלשהוא [בתחום איסור והיתר], יש חיוב לקיימם מדאורייתא [=מן התורה]", שכן לנבחר הציבור יש סמכות של "מלכות ישראל". את תוקף חוקי המדינה הוא משתית גם על העקרונות "דינא דמלכותא", תקנות קהל ו"מנהג המדינה".<sup>26</sup>

22 את התשובה הוא חתם במילים: "שתורת ישראל מחייבת את כל אדם להיות רודף צדקה ומשפט, כדכתיב 'צדק צדק תרדוף למען תחיה וירשת את הארץ'".

23 על עמדת המשפט העברי בנושא התיישנות, בהשוואה לשיטות משפט אחרות, ראו עוד: מנחם אלון "על ההתיישנות בדין העברי" הפרקליט יד 179-189, 243-279 (תשי"ח) (שני מאמרים); אברהם שיינפלד חוק לישראל: נזיקין 340-344 (1991); שו"ת במראה הבזק, חלק ז, סימן קיא, 328-333 (2010); מאיר י' מאזוז "אם קיים בהלכה חוק ההתיישנות" שערי צדק ב 101-113 (תשס"א); רצון ערוסי "התיישנות בחוק ובהלכה" תחומין כא 422 (תשס"א); ציון אילוז "דין מרומה, השתהות ושיהוי: לא תעשו עוול במשפט" פרשת השבוע 163 (תשס"ד); אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני 480-485 (תשע"א).

24 הרב מאזוז, שם, בעמ' 103 (אב"ד בבית הדין האזורי בתל-אביב ובירושלים ורב שכונת רמת אשכול בירושלים).

25 ויכוח דומה התעורר בין הפוסקים סביב ההכרה ההלכתית בתוקפו של קניין רוחני. השאלה: האם זה צודק לתת הגנה על זכות שההלכה אינה מכירה בה או שמא ההלכה היא היא הצדק? ראו בעניין זה: עמיחי רדזינר "המבוכה הרוחנית: ההלכה בת זמננו ושאלת ההגנה על זכויות היוצרים" קניין רוחני: עיונים בינתחומיים 169-214 (מרים מרקוביץ-ביטון וליאור זמר עורכים, תשע"ו).

26 דב ליאור "יחס ההלכה לחוקי המדינה" תחומין ג 247 (תשמ"ב) (כיהן במשך שנים רבות, עד לשנת תשע"ה, כרב של קריית ארבע והיישוב היהודי בחברון. במשך עשרות שנים שימש

ברם, הרב ליאור סובר כי לעיתים יש לסייג את ההכרה בחוק, אפילו בדיני ממונות, הניתנים להתנאה ולמחילה. הוא מציע שלושה מבחנים לצורך הכרה הלכתית בתוקף חוקים אזרחיים. אחד מהם: "בקורת החק וטעמו" לאור שיקולי היגיון וצדק. גם אם החוק נחקק לטובת הציבור, אין לתת לו תוקף אוטומטי אלא "יש לבדוק טעמו והיגיונו". כך, למשל, אין לקבל לדעתו את ה"חק [...] שהיה נהוג במדינה", אשר קבע כי חוזה אסור משולל כל תוקף, וכי מי ששילם כסף על פיו לא יוכל לתבוע את השבתו.<sup>27</sup> כמו כן, "לא כל הלאמה [=הפקעה] של מפעל או רכוש פרטי היא צודקת". נוסף על כך, לעיתים חוק נחקק לאור נסיבות מיוחדות, ולכן "יש לבחון מדי פעם [...] [האם חוק מסוים] עדיין נחוץ".<sup>28</sup>

## 2. קבלה חלקית של החוק

שיקולי צדק עשויים לגרום לדיין לאמץ רק חלק מן החוק האזרחי. כך, למשל, מצאנו בנוגע לחוק הגנת הדייר הישראלי.<sup>29</sup> חוק זה מצמצם במידה רבה את החופש של בעל דירה לעשות בה כרצונו משיקולים של מדיניות חברתית.<sup>30</sup> ראשיתו של חוק הגנת הדייר הישראלי בחוקים של המנדט הבריטי משנות השלושים של המאה העשרים, אשר נחקקו

27 כאב בית הדין במקום). על שיטתו ראו קליינמן, "החוק", לעיל ה"ש 2, בעמ' 266-269. ליאור, שם. אם לדייק, אין מדובר בחוק אלא בפסיקת בית המשפט העליון, שתוקפה כחוק. בעקבות המשפט האנגלי, קבעה בשעתה גם הפסיקה הישראלית כי אדם אינו יכול לתבוע על סמך חוזה הנגוע באי־חוקיות ("מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה"), ובית המשפט לא ייזקק לתביעה כזו. לכן, גם אם שילם אדם כסף במסגרת חוזה שכזה הוא לא יוכל לתבוע את השבתו. על הלכה זו והביקורת עליה ראו למשל: ע"א 105/69 רידר נ' מורגנשטרן פ"ד כג(2) 95 (1969); איתמר ורהפטיג "איסור החוזה האסור" והשלכותיו" משפטים ב 632 (תשל"ל-תשל"א). ס' 31 לח' החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, שינה מצב זה, והעניק לבית המשפט שביטל חוזה בלתי חוקי שיקול דעת אם לחייב צד לחוזה להשיב את אשר קיבל במסגרת החוזה.

28 ליאור, לעיל ה"ש 26, בעמ' 248.

29 חוק הגנת הדייר (נוסח משולב), התשל"ב-1972 (להלן: החוק). על החוק ראו: עמירם חרלף "דיני הגנת הדייר" ניהול נדל"ן פרק שלישי (מאיר דלברי עורך, 1997); מרדכי שחם (ברונשטיין) "האם יש הצדקה לביקורת על חוק הגנת הדייר?" הפרקליט לב 262 (התשל"ח-התשל"ט). תורתנו נתונה לד"ר אודליה מינס ולד"ר לאה פסרמן־יוזפוב על סיוען בנוגע לחוק זה.

30 על ההיסטוריה של חוקי הגנת הדייר ולביקורת מן הזווית הכלכלית על פגיעתו הקשה בבעלי נכסים שהשכירו דירות ובתי עסק ראו: אהוד מנירב "חוק הגנת הדייר בישראל" מחקרי מדיניות מס' 39, המכון ללימודים אסטרטגיים ופוליטיים מתקדמים – החטיבה למחקר ומדיניות כלכלית (1999) <https://tad.colman.ac.il/paper-all/8621.pdf> (נצפה לאחרונה 23.7.2020).

על רקע תפיסה סוציאליסטית, אשר הצרה את זכויות בעלי הנכסים כדי למצוא פתרונות דיור בעיקר לאלו שאין ידם משגת.

חוק הגנת הדייר הישראלי, כמו קודמיו המנדטוריים, מקפיא את גובה שכר הדיירה בדירות ובכתי עסק ואוסר על פינוי דיירים, פרט לנסיבות מיוחדות, גם לאחר תום תקופת החוזה, כל עוד הם ממשיכים לשלם את דמי השכירות ועומדים בתנאי השכירות. דמי השכירות המשולמים נמוכים מאוד בהשוואה לשוק החופשי (גובהם מוגדר כדמי השכירות שהשתלמו בעד הדיירה בשנת 1971,<sup>31</sup> כאשר הם מתעדכנים בהתאם לתקנות שקובעת הממשלה אחת לשנה<sup>32</sup>). בשל כך המגמה בפסיקה בישראל כיום היא "להעדיף מתן פרשנות מצמצמת להוראות חוק הגנת הדייר בשל פגיעתו הקשה בזכות הקניין של בעל הבית ועל רקע השינויים המהותיים שחלו במציאות הישראלית בתחום זה"<sup>33</sup>. ועל אף המגמות המצמצמות, עדיין קיים חוסר נחת מהחוק, המשתקף בתשובתו של הרב שטרנבוך.

ר' משה שטרנבוך (יהנסבורג-ירושלים, נולד 1926) דן בתוקף ההלכתי של חוק הגנת הדייר הישראלי<sup>34</sup> ופוסק כי לאור שיקולי צדק יש לקבלו רק באופן חלקי.<sup>35</sup> לדעתו, אין להתחשב בחוק אשר נוגד "צדק ויושר", ואין להעניק לו תוקף הלכתי מכוח "מנהג"<sup>36</sup>. משום כך הוא מסרב לאמץ את קביעת החוק כי גם שוכר שלא שילם דמי מפתח רשאי להישאר בדיירה ולשלם דמי שכירות נמוכים. שכן לדעתו הסדר זה אינו

- 31 סעיף 42 לחוק. דמי שכירות אלה מוגדרים בסעיף זה כ"דמי שכירות יסודיים", והתאריך הקובע הוא ערב י"ב בניסן תשל"א (7.4.1971). וראו הגדרת "תשל"א" בסעיף 1 לחוק.
- 32 סעיף 45 לחוק. התקנות הנוכחיות הן תקנות הגנת הדייר (דמי שכירות יסודיים ודמי שכירות בדירות), התש"ף-2019, ק"ת 37. לפי תקנה 2 לתקנות אלה, ל"דמי השכירות היסודיים" כפי שמוגדרים בסעיף 45 לחוק, יתווספו 0.49%.
- 33 רע"א 7575/09 עארף עארוי נ' לטיפה חסן אחמד סעיף ד לפסק הדין (2010).
- 34 על תוקף חוק הגנת הדייר לפי המשפט העברי ראו: יוסף חיים צבי מונדרי קונטרס הגנת הדייר (תשע"א).
- 35 שו"ת תשובות והנהגות, חלק ג, סימן תסח (תשנ"ז) (ראב"ד העדה החרדית, לשעבר ביהנסבורג וכיום בירושלים).
- 36 "ומנהגיהם ודיניהם לא קובעים לנו כשאינן בזה צדק ויושר". כמקובל אצל רוב הפוסקים והדיינים החרדים בזמננו, גם לדעת הרב שטרנבוך אין תוקף לכלל "דינא דמלכותא דינא" במדינת ישראל והחוק הישראלי תקף לכל היותר כ"מנהג". ראו: קליינמן, "סכסוכי מומן", לעיל ה"ש 2. מעניין לציין, כי במקום אחד העניק הרב שטרנבוך תוקף לחוק הישראלי כ"דינא דמלכותא" ולא רק כ"מנהג המדינה", וזאת כדי להילחם בכשרותו של "היתר המכירה" בשמיטה. ראו: Amihai Radzyner, *The Israeli Legislation as Both Halakhic Problem and Its Solution: The Complicated Case of Heter ha-Mekhirah*, 14 JSIJ 183-217(2018).

צודק, כי במקרה כזה מגיע לבעל הדירה לקבל "מחיר סביר מהשקעתו בדירה", כלומר את אותם דמי שכירות שהיה מקבל משוכר רגיל שאינו מוגן.

בהיבט זה דוחה אפוא הרב שטרנבוך את החוק, בטענה כי החוק מוליך לחוסר צדק. כדאי לשים לב, כי חוסר הצדק כאן איננו נובע ממתח בין אינטרס של הכלל לאינטרס של הפרט (כפי שראינו לעיל ביחס לחוק ההתיישנות, בפסיקת הרב עוזיאל והרב מאזוז<sup>37</sup>), אלא ממתח בין אינטרסים של שני פרטים, הנובע אולי מתפיסות עולם כלכליות מנוגדות – תפיסת עולם סוציאליסטית, עליה מיוסד החוק, לעומת תפיסת עולם הנוטה מעט לכיוון השוק החופשי. אולם דחייתו של חוק הגנת הדייר על ידי הרב שטרנבוך איננה מוחלטת: במקרה ששילם השוכר דמי מפתח הוא סובר כי יש לקבל את ההסדר שבחוק הקובע דמי שכירות נמוכים. הסיבה לכך היא ששוכר ששילם דמי מפתח "נעשה כעין שותף [בדירה] ומגיע לו שיוזילו לו דמי השכירות".<sup>38</sup> דומה כי אבחנה זו מתיישבת היטב עם ההיגיון המשפטי והכלכלי של תשלום דמי מפתח.<sup>39</sup>

### 3. דחיית החוק מכוח סמכות הדיין לפסוק על דרך פשרה

דרך התמודדות מעניינת נוספת, המאפשרת דחייה מלאה או חלקית של החוק, היא דרכו של הרב דב ליאור. בהתאם לשיטתו שהוצגה לעיל,<sup>40</sup> פוסק הרב ליאור כי בכל נושא ממוני הסכמי הנידון בחוק האזרחי – כגון דיני עובד ומעביד, חוזים, מקרקעין, מכר, שכירות וקבלנות – אם יוכח לבית הדין שהמנהג במדינה הוא לפי החוק, זהו הדין המחייב מדין תורה, מכוח "מנהג המדינה".<sup>41</sup> ואכן, בפסיקותיו הרבות הוא מרבה להסתמך על החוק

37 ראו לעיל, סמוך לה"ש 20-24.

38 לעיתים שילם דייר דמי מפתח בעת כניסתו לדירה. נושא זה הוסדר לראשונה בחוק הישראלי בחוק דמי מפתח, התשי"ח-1958, והפך מאוחר יותר לחלק מחוק הגנת הדייר. לפי סעיף 1 לחוק, "דמי מפתח" הם "כל תמורה שאינה דמי שכירות, הניתנת בקשר לשכירות של מושכר, או בקשר לקבלת החזקה או להחזרת החזקה במושכר לפי חוק זה – ואין נפקא מינה מתי שולמו". החוק קובע איזה חלק מדמי המפתח מקבל דייר יוצא אם נתן דמי מפתח ואם לא נתן דמי מפתח.

39 בתשלום דמי מפתח, שהוסכם מראש בין המשכיר לשוכר, הצדדים מגלים את דעתם כי מערכת היחסים ביניהם אינה כזו של שכירות רגילה. שכן, בשכירות רגילה לא קיים המוסד של דמי מפתח. ניתן אפוא ליחס להם הסכמה מכללא לכך שתשלום דמי המפתח יוצר ביניהם קשר מחייב יותר.

40 לעיל ליד ה"ש 26.

41 קליינמן, "החוק", לעיל ה"ש 2, בעמ' 266. "חיוב הסכמי" נוצר מכוח הסכם, מפורש או מכללא, של הצדדים, ולפיכך הגדרה זו אינה כוללת דיני עשיית עושר (בלשון ההלכתית: חיוב מדין "נהנה"), דיני ירושה ודיני נזיקין. רובה המוחלט של החקיקה האזרחית עוסק בחיובים הסכמיים.

האזרחי. אחד מנימוקיו המרכזיים לכך הוא שאנשים מתקשרים ביניהם על דעת החוק, ולכן הופך החוק לתנאי מכללא בהסכם שביניהם.<sup>42</sup>

עם זאת, לעיתים מכריע הרב ליאור שלא לפי החוק האזרחי. יתר על כן, באותם נושאים עצמם, לפעמים הוא פוסק לפי החוק ולפעמים הוא פוסק בניגוד אליו או שכלל אינו מזכירו. כך, למשל, הוא נוהג בפסיקותיו בענייני עובד ומעביד. בכמה פסקי דין בנושא זה פוסק הרב ליאור לפי החוק מכוח "מנהג המדינה".<sup>43</sup> לעומת זאת, במקרים אחרים שעסקו בענייני עובד ומעביד הוא פוסק רק על סמך מקורות ההלכה ולא על סמך החוק.<sup>44</sup> כך הוא נוהג גם בפסיקותיו בענייני יחסי משכיר דירה ושוכר.<sup>45</sup> במענה לשאלה בנידון נימק הרב ליאור תופעה זו באופן הבא:

הסיבה לכך שבחלק מן המקרים לא השתית פסיקתו על החוק היא, שלעיתים הוא ובית דינו חשו שבנסיבות המקרה צודק יותר לפסוק אחרת. וכיוון שבשטר הבוררות שעליו חותמים בעלי הדין הם מסמיכים את בית הדין לדון בין לפי דין תורה ובין על דרך פשרה ("בין לדין בין לפשר"), הוא רשאי לפסוק גם שלא לפי החוק.<sup>46</sup>

יש לשים לב להבדל שבין דבריו האחרונים של הרב ליאור לבין דבריו במאמרו שהובאו לעיל, ולפיהם פסיקה לפי החוק כפופה ל"בקורת החק [...] טעמו והגיונו". במאמרו הוא קובע כי יש לדחות לגמרי חוק אשר לדעת הדיין מנוגד להיגיון ולצדק. לעומת זאת, בדבריו כאן הוא דן בחוקים כדוגמת דיני עבודה ושכירות, אשר לדעתו הם ראויים באופן עקרוני ויש לתת להם תוקף. אולם עם זאת הוא פוסק כי אם יישומם של חוקים אלו בנסיבות המקרה יביא לחוסר צדק, אין לפסוק על פיהם אף על פי שיש להם תוקף הלכתי. כדי להביא לתוצאה צודקת במקרה הנידון מעדיף הרב ליאור שלא לפסוק לפי החוק, כמתחייב לדעתו מדין תורה, אלא להשתמש בסמכותו לפסוק מכוח "פשרה".

42 תפיסה דומה מופיעה גם בפסיקת בית הדין הרבני ביחס לחוק יחסי ממון. ראו להלן, ליד ה"ש 129.

43 למשל: שו"ת דבר חברון, חושן משפט, סימן א (תשס"ה) (תשלומי חובה של המעביד לעובד, כולל פיצויי פיטורין); שו"ת דבר חברון, חושן משפט, סימן עז (פיצויי פיטורין ותוקף סעיף המחייב הודעה מראש על פיטורין); שו"ת דבר חברון, חושן משפט, סימן פח (יחסי עובד ומעביד באופן כללי); "תביעת חברת אבטחה בבית דין לעבודה" אתר ישיבה <https://www.yeshiva.org.il/ask/48640> (תשובה, א' באב תשס"ט) (יש לעובד זכות לשעות נוספות וכדומה מכוח החוק. מותר לו לתבוע גם על עוגמת נפש, אף על פי שבדין תורה אין פיצוי כזה, כי הוא זכאי לכך לפי החוק והרי זה כהתחייבות של המעביד כלפיו). במקור האחרון לא נזכר מה הבסיס ההלכתי לתוקף החוק.

44 ראו למשל שו"ת דבר חברון, חושן משפט, סימנים פה, פו, צא.

45 קליינמן, "החוק", לעיל ה"ש 26, בעמ' 268.

46 שם.

חשוב לשים לב כי השימוש של הרב ליאור בפסיקתו במושג "פשרה" איננו קובע הליך שיפוטי או דיוני חלופי, וכן אין מדובר במה שמכונה היום גישות חלופיות ליישוב סכסוכים. המושג פשרה משמש כאן כאמצעי פרשני, או כמושג שסתום, הפותח את השער להחלת עקרונות של צדק, גם אם הם מנוגדים לדין הפוזיטיבי הפורמלי – לחוק האזרחי, ולמעשה גם לדין תורה.<sup>47</sup>

## ד. קבלת הדין האזרחי אף שהוא מנוגד לשיקולי צדק

בניגוד לעמדות שהוצגו עד כה, יש פוסקים ודיינים המעניקים תוקף לחוקים אזרחיים מסוימים, בין מכוה "דינא דמלכותא" ובין מכוה "מנהג המדינה", גם כאשר חוקים אלו הביאו לתוצאה שלא הייתה צודקת, או לפחות נראתה ככזו, במקרה הנידון. להלן יוצגו כמה דוגמאות לכך – מישראל ומחוץ לארץ.

### 1. חוק הגנת הדייר

ר' דב בריש ויידנפלד, הרב מטשעבין (פולין-ירושלים, 1881-1965), נשאל בשנת 1933 על ידי רב בפלאנטש (פולניין שבפולניה) על שוכר שהיה דייר מוגן, ובשל פחות גדול התחייב לשלם למשכיר דמי שכירות גבוהים הרבה יותר מאשר שילם בעבר. אולם מאוחר יותר טען השוכר כי לפי החוק הוא אינו חייב לשלם דמי שכירות גבוהים יותר מאשר שילם קודם מלחמת העולם הראשונה.<sup>48</sup>

כמו פוסקים ודיינים אחרים שדנו בתוקף ההלכתי של חוקים אזרחיים, גם הרב מטשעבין התייחס למחלוקת הרמ"א והש"ך בנוגע להיקף תחולתו של עקרון "דינא דמלכותא דינא". לדעת הרמ"א יש תוקף מכוה "דינא דמלכותא דינא" לכל חוק בענייני ממון, כל עוד יש בו תועלת חברתית – בלשונו: שנעשה "לתקנת בני המדינה" – גם אם הוא מנוגד לדין תורה.<sup>49</sup> הש"ך לעומתו נוקט עמדה מצמצמת באשר לתחולתו של

47 על השימוש בעקרונות-על משפטיים והשפעתם על החוק הפוזיטיבי, כמו גם תפקידם של מושגי שסתום, ראו דבורקין, RONALD DWORIKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 22-31 (1978). על שימושו של הרב אברהם שרמן בעקרונות-על הלכתיים לצורך דחיית הדין האזרחי בסכסוכי עבודה, ראו קליינמן, לעיל ה"ש 5.

48 שו"ת דובב מישרים, חלק א, סימן עו. המקרה המתואר בשאלה הוא כדלקמן: "בדבר השאלה באחד ששכר מחבירו חנות עם דירה לדור, ובזמן שהזולה המטבע וכמעט שלא השיג כלום מהשכר דירה, ואחר שיצא החוק לשלם השכר דירה התפשרו ביניהם שישלם לו סכום 2,200 זהובים לשנה, ושילם לו סכום הנ"ל ד' שנה, אולם בשנה זו חזר מזה בטענה כי כפי דינא דמלכותא אינו מחויב לשלם רק כפי השווא של קודם המלחמה, ששמן עכשיו [...] ע"פ חוק המדינה, לכך חזר מזה שהתחייב לשלם 2,200 זהובים".

49 רמ"א, חושן משפט שנו, ז; שסט, ח, יא.

עקרון "דינא דמלכותא", ולדעתו גם אם חוק נעשה "לתקנת בני המדינה" אין בכוחו לגבור על הלכה מפורשת מנוגדת:

ולא מיבעיא [=ואין מקום להסתפק בכך] לאותן הפוסקים שסוברים דלא אמרינן דינא דמלכותא רק בדברים שהם להנאת המלך, ולא בין איש לחבירו [...] אלא אפילו לשאר פוסקים דסוברים דאמרינן דינא דמלכותא בכל דבר, היינו דוקא מה שאינו נגד דין תורתנו אלא שאינו מפורש אצלינו, אבל לדון בדיני הגוים בכל דבר נגד תורתנו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל.<sup>50</sup>

הרב מטשעבין פסק כי חוק הגנת הדייר הנידון תקף, שכן "רוב הפוסקים" הכריעו, בניגוד לש"ך, כי לחוק "שנוגע לטובת הכלל" יש תוקף מכוח "דינא דמלכותא" גם אם הוא מנוגד להלכה מפורשת. אולם, מכיוון שהשוכר התחייב לשלם לאחר שכבר היה החוק ידוע לכול, הוא חייב לשלם בהתאם להתחייבותו. מדבריו משתמע כי אלמלא התחייבות השוכר הוא היה רשאי לשלם בהתאם לחוק את הסכום הנמוך ששילם בעבר, מכוח "דינא דמלכותא דינא" אף שהמשכיר היה נפגע מכך עקב הפיחות. אומנם המשיב אינו מזכיר במפורש את המונח "צדק", אולם מבחינה מהותית הוא מוכן לקבל את החוק גם כאשר הוא גורם לחוסר צדק כלכלי כלפי המשכיר.

ר' יצחק יעקב וייס (מנצ'סטר-ירושלים, 1902-1989) נשאל ב-1957 על תוקף חוק הגנת הדייר בניו יורק, שלא אפשר למשכיר לפנות את השוכר לאחר תום התקופה החוזית.<sup>51</sup> ראובן השכיר לשמעון בחוזה לשנתיים דירה בת שתי קומות בעיר ניו יורק. השוכר המשיך לגור בה גם לאחר התקופה החוזית. בינתיים נולדו למשכיר ילדים נוספים

50 ש"ך, חושן משפט סימן עג, ס"ק לט. מחלוקת הרמ"א והש"ך נזכרת גם בהקשרים נוספים הנוגעים ל"דינא דמלכותא דינא". ראו למשל בדיונו של הרב לביא בנוגע לתוקף חוק המתווכים במקרקעין, להלן ליד ה"ש 98-101. וראו עוד בעניין הפולמוס בשאלת תוקפה של הלכת השיתוף, להלן, סמוך לה"ש 110, ובפרט במאמרו של הרב דיכובסקי: שלמה דיכובסקי "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא? "תחומין יח 18-31 (תשנ"ח). הרב דיכובסקי (שם, בעמ' 26-27) מזכיר כמה שיטות הנוטות לדעת הש"ך, ולעומתם רבים אחרים החולקים עליו, ומכאן מסקנתו (בהתבסס בין השאר על מסקנתו של הרב מטשעבין): "אולם שיטות אלו לא נתקבלו ע"י רוב הפוסקים, אשר סוברים שיש מקום לדינא דמלכותא בדבר שהוא לתקנת המדינה".

51 שו"ת מנחת יצחק, חלק ב, סימן פו (כיהן החל משנת תש"ח כאב בית דין במנצ'סטר וכאב בית הדין של העדה החרדית בירושלים משנת תשל"ט ועד לפטירתו). השואל, הרב ש"ש רובין הלברשטם, האדמו"ר מציעשנוב, הציג את עמדתו בשאלה זו גם לפוסקים אחרים בני זמנו וזכה לתשובותיהם. ראו: ר' משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק א, סימן עב (משנת תשי"ז); ר' אברהם אנגלרד, שו"ת אמרי אברהם, חושן משפט, סימן נו (משנת תשל"ב). מסתבר שגם תשובת הרב הנקין משנת תשי"ז, המציגת בה"ש 53, נכתבה בהקשר לדיון זה.

ואחד מילדיו חלה, והוא היה זקוק לדירתו המרווחת ולכן דרש מהשוכר לפנותה. השוכר סירב, כי ידע שאם יעבור לדירה אחרת יצטרך לשלם שכר דירה גבוה יותר, וטען כי לפי החוק הוא מוגן ואינו מחויב לפנות את הדירה. חוק זה חל רק על בתים בגודל מסוים ולא חל על בתים בני קומה אחת או שתיים שהושכרו לאחר שנת 1953.

הרב השואל שפנה לרב וייס טען כי בניגוד למצב אחרי מלחמת העולם הראשונה, שאירופה הייתה חרבה והיה מחסור גדול בדירות למגורים, כעת בניו יורק אין עוד צורך בחוק שיגן על שוכרים – שכן יש דירות רבות להשכרה, אלא שהשוכרים המוגנים אינם רוצים לעבור לדירות אחרות ולשלם יותר, ולכן אין לחוק תוקף הלכתי.<sup>52</sup> בעל שו"ת מנחת יצחק דחה טענה זו באומרו כי הפוסקים שהעניקו תוקף מ"דינא דמלכותא" לחוק שנחקק לתקנת בני המדינה, "לא נתנו דבריהם לשיעורים ולחלק בין תקנה לתקנה". עם זאת, הוא עצמו חלק על הרב מטשעבין וטען כי אי אפשר לקבוע שרוב הפוסקים פסקו כרמ"א וחלקו על הש"ך, אלא שזו מחלוקת פוסקים. משום כך, כמקובל במקרים של מחלוקת, אי אפשר להוציא ממון מידי המוחזק. מדברי בעל מנחת יצחק משתמע כי לשיטתו כאשר פוסק מחליט להעניק תוקף לחוק מסוים מכוח "דינא דמלכותא", התוקף אינו תלוי בנסיבות, ועליו לפסוק לפי החוק גם אם יישום החוק גורם לעוול.

באופן דומה פסק ר' יוסף אליהו הענקין (בלארוס-ארה"ב, 1881-1973), מגדולי הפוסקים בארצות הברית, בשנת 1957. לדעתו, חוק הגנת הדייר הממשלתי האמריקני שהגביל העלאת דמי שכירות הוא "ישר, מתוקן ומקובל", כי נחקק נגד מפיקעי שערים. אומנם לעיתים גורם החוק עוול למשכירים שאינם עשירים, אבל "כן דרך החוק שלפעמים נפגע ביושר [צ"ל: היושר] ואזלינן בתר רובא [=ואנו הולכים אחר הרוב]".<sup>53</sup>

כך ומאותו נימוק פסק גם ר' חיים דוד הלוי (להלן: רח"ד) (ירושלים-תל אביב, 1924-1998).<sup>54</sup> קרוב משפחתו של השואל, שהיה דיין מוגן, עמד לפנות את הדירה ובתמורה לקבל מבעל הדירה סכום כסף בהתאם לחוק הגנת הדייר (הכוונה לחלק מ"דמי המפתח"). השואל שאל אם לקיחת הכסף בנסיבות אלו מותרת או שמא, וכך היה נראה בעיניו, יש בה משום "גזל גמור". רח"ד הודה: "תמיד תמהתי על היושר והצדק שבו [בחוק הגנת הדייר]", ובכל זאת פסק בנחרצות כי חוק זה תקף וכי בממון המגיע לאדם מכוח החוק אין כל חשש גזל. לדבריו, "דינא דמלכותא דינא" היא "הלכה פסוקה [...] ללא כל חולק". היא מבוססת, כדברי הרשב"ם, על כך שכל בני המלכות מקבלים עליהם

52 השואל מעניק אפוא לחוק הנידון פרשנות תכליתית, כפי שעשו דיני רשת ארץ חמדה – גזית, ראו להלן ליד ה"ש 78-80.

53 יוסף אליהו הענקין "בענין דינא דמלכותא דינא" הפרדס לא, ז 4, אות ט (תשי"ז) [=כתבי הגרי"א הענקין ב, תשובות איברא, עמ' קעה (תשמ"ט)].

54 שו"ת עשה לך רב, חלק ב, סימן סח (התשובה אינה מתוארכת. הספר פורסם בשנת תשל"ח). רבה הראשי הספרדי של תל-אביב יפו. ראו עליו: יהדות של חיים: עיונים ביצירתו ההגותית-הלכתית של הרב חיים דוד הלוי (צבי זוהר ואבי שגיא עורכים, 2005).



מרצונם את חוקי המלך, ולכן "דין גמור הוא, ואין למחזיק בממון חבירו על פי חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל".<sup>55</sup>

לאור הרקע לחקיקת חוק הגנת הדייר בתקופת המנדט, טען רח"ד כי בעת שנחקק החוק הוא היה טוב עבור מדינת ישראל. המדינה התמודדה בשנותיה הראשונות עם קליטת עלייה רבה ועם מלחמה, ומטרת החוק הייתה למנוע מחוסרי דיור שיכבדו עוד על המדינה. משום כך, לכל הדעות הוא תקף כ"דינא דמלכותא".<sup>56</sup> בחוק זה "כאילו הפקירה הממשלה רכושם" של בעלי הדירות, שהם בדרך כלל עשירים, לצורך קליטת עלייה ולצורך דיירים הדחוקים לפרנסתם. אומנם יש משכירים שכל מחייתם היא מדמי השכירות והחוק גרם להם לסבל, ומן הצד השני יש שוכרים בעלי יכולת כלכלית שאינם זקוקים להגנת החוק. "אבל, אין לך חוק שחלק מהצבור אינו סובל ממנו", וכך הוא המצב אפילו בנוגע למצוות התורה, שגורמות לעיתים נזק למיעוט אנשים.<sup>57</sup> רח"ד סיים בקביעה כי אומנם על הכנסת לתקן את החוק בשל העוול שהוא גורם לבעלי דירות, אך עם זאת גם כעת החוק תקף.

הנמקותיו של רח"ד מלמדות אותנו על המניע העיוני של עמדתו: קבלה מוחלטת של החוק, ומשכך הם פני הדברים, הרי אין להחריג מקרים מסוימים גם אם שיקולי צדק מוליכים לכך. ככל שהחוק תקף, כפי שסבור רח"ד, אזי הוא מחייב באופן מלא. שאלת הצדק אינה שונה כאן מבעיית כלליות החוק, הנוגעת לכל מערכת משפט – למערכת המשפט האזרחית כמו גם להלכה.<sup>58</sup> משכך, העמדה העקרונית בשאלה זו משותפת לחוק ולהלכה, ובשתייהן הנורמה תקפה גם אם נגרם חוסר צדק במקרה נקודתי. עמדה זו ניצבת אל מול אלו שלא יישמו את החוק במקרים כאלו, כפי שהוצג בפרק הקודם, אם משום שלא הכירו בתוקפו ההלכתי של החוק, בצורה חלקית או מלאה, ואם משום שקיבלו את החוק, אך היו מוכנים להפעיל מנגנונים פרשניים כדי לצמצמו.

55 רשב"ם, בבא בתרא נד, ע"ב, ד"ה והאמר שמואל (בשו"ת עשה לך רב, שם, נכתב בטעות: רשב"א). לשם חיזוק תוקפו ההלכתי של החוק בעיני השואל ("ואם יש עוד ספיקות בלבך") הוסיף הרב חיים דוד הלוי, כי יש אף מי שהשתית את "דינא דמלכותא" על העיקרון "הפקר בית דין הפקר", וכי דין זה נלמד ממקרא מפורש, ולכן הזוכה בממון מכוח החוק דינו "כזוכה מן הפקר". וראו שם הסברו המשפטי והרעיוני של רח"ד לכלל "דינא דמלכותא דינא".

56 כלומר, גם אם סוברים כרעה הראשונה ברמ"א, חושן משפט שטט, ח, ש"דינא דמלכותא" תקף רק בחוקים שנועדו "לתועלת המלכות כגון עניני מסים" ולא "בדברים שבין אדם לחבירו", היינו בכל ענייני הממון. רבי חיים דוד הלוי לא ציין לרמ"א שם, סע' יא, המדבר על חוק "שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה", אך זו היא, קרוב לוודאי, כוונתו.

57 הוא צייטט בעניין זה מהרמב"ם, מורה נבוכים ג, לד': "שהתורה לא תביט אל המועט [אלא] [...] על הרוב, ולא תביט [...] לנוק שיביא לאחד מבני האדם". וראו מאמרו של אנגלרד, לעיל ה"ש 15.

58 ראו גם לעיל ה"ש 15.

ר' יעקב ישעיה בלוי (ירושלים, 1929-2013), שכינה כחבר בית הדין (בר"ץ) של העדה החרדית בירושלים, הגיע אף הוא למסקנה זוהה לקודמיו, אף שביסס את תוקף החוק הישראלי על "מנהג" ולא על "דינא דמלכותא".<sup>59</sup> לדבריו, בענייני שכירות, כל מקום שיש מנהג ממוני והצדדים לא התנו ביניהם אחרת, יש לפסוק לפי המנהג.<sup>60</sup> מכיוון שחוק הגנת הדייר הפך ל"מנהג המדינה", הכול משכירים ושוכרים דירות על דעת חוק זה. לפיכך, אף על פי שלעיתים "מוצא השוכר או המשכיר את עצמו מקופח לפי הדין [דין תורה]", יש לפסוק על פי החוק מכוח "מנהג".<sup>61</sup> בעל פתחי חושן הדגיש כי "מנהג" מחייב כדין תורה, ומי שמשלם פחות מחיובו מכוח המנהג הוא גוזלן מן התורה.<sup>62</sup>

עד כה עסקנו באפיון בסיסי, לעיתים כזה שיש בו מן הפיצול (דיכוטומיה), של קבלה אל מול דחיית הדין האזרחי (כולו או חלקו) משיקולי צדק. בשני הפרקים הבאים נעסוק בשני מקרי מבחן, אשר ניתוחם מצביע על תמונה מורכבת יותר, ולפיכך נקדיש להם מקום נפרד: דרישת הכתב בעסקת תיווך במקרקעין וזכויות האישה בנכסי בני הזוג בגירושין. הדיון סביב שני מקרים אלו (בפסקי דין של בתי דין לממונות ובפסקי דין של בתי הדין הרבניים הממלכתיים) מערב באופן משמעותי שיקולים של צדק, אולם מעלה אל מעל לפני השטח גם את היחס העקרוני לחוקי המדינה ולפסיקת בית המשפט האזרחי. מקרי המבחן הללו ממחישים עד כמה קשה ההפרדה בין שני הדיונים הללו, ובמילים אחרות, עד כמה מושפעות הכרעות המתבססות על שיקולי צדק משאלת יחסו העקרוני של הפוסק לחוק האזרחי. אולם יחס זה אינו יחס קוטבי (בינארי) של קבלה מול דחייה. ניתוח עומק של המקרים הנידונים חושף את מורכבות היחס לדין האזרחי, בהבחנה, למשל, בין דחייה כלפי חוץ ואימוץ עקרונות מסוימים כלפי פנים, כאשר כלים פרשניים, כדוגמת ההסתמכות על שיקולי צדק, הם שמאפשרים זאת. מורכבות זו דורשת כאמור ניתוח נפרד, ואליו נפנה כעת.

### ה. חוק וצדק: מנגנונים פרשניים

פוסקי הלכה ודיינים מסתייגים לעיתים מהחוק האזרחי לא בגלל בחינה מקדמית של תוכנו – המצביעה על חוסר הצדק הטמון בו, ולפיכך מצדיקה את דחייתו, כאמור

59 הרב יעקב ישעיה בלוי פתחי חושן חלק ד (שכירות), פרק ד, הערה ח וראה גם, פרק ה, הערה נו. וראו לעיל ה"ש 36, על ראיית החוק הישראלי כ"מנהג" בלבד ולא כ"דינא דמלכותא".

60 הרב יעקב ישעיה בלוי פתחי חושן חלק ד (שכירות) פרק א, סעיף ה.  
61 והוסיף בסוגריים: "ולפעמים המקופח אינו שם לב שבמצבים אחרים הוא המקפח" (לעיל ה"ש 59). אולי בא לומר בכך כי החוק מאוזן, שכן הוא גורם עוולות לשני הצדדים. ייתכן שאם היה החוק גורם עוול רק לאחד מהם היה נחשב "מנהג גרוע", שאין לו תוקף הלכתי. על "מנהג גרוע" ראו לעיל ה"ש 6.

62 ראו לעיל ה"ש 59. בדבריו, התבסס על החפץ חיים, ראו: אהבת חסד, סוף חלק א, פרק י, סעיף יד (בהערה הנוגעת לעובד שכיר).

בפרקים הקודמים – אלא בגלל שיישומו במקרה הנידון מוליך לתוצאה שאינה צודקת. הסתייגות זו אינה מערערת בהכרח על תוקפו של החוק, אלא מוכנה להכיר בו בהסתייגויות המתבקשות על ידי הפוסק או הדיין. מעניין לראות כיצד במצבים אלה ננקטים על ידי הדיינים מנגנוני פרשנות מצמצמים, שיש להם מכנים משותפים עם מודלים של פרשנות שמאמץ לעיתים בית המשפט האזרחי, כפי שיוסבר בהמשך. בסעיפים הבאים יודגם עניין זה באמצעות דיון בנוגע לדרישת הכתב בתיווך במקרקעין.

### 1. דרישת הכתב בחוק המתווכים במקרקעין ובפסיקה האזרחית

חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996, קובע בסעיף 9: "מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע השר".<sup>63</sup> סעיף זה נחקק על רקע התדיינויות משפטיות רבות שנבעו מכך שלא נחתם מסמך בכתב בין המתווך לבין מי שקיבל את שירותיו. בהיעדר מסמך בכתב טענו מקבלי שירותי התיווך כי לא התכוונו לשלם עבור השירות וגם לא התחייבו לכך. מנגד טען המתווך כי בנסיבות המקרה היה ברור כי שירותיו ניתנו בתמורה ולא בחינם, וכי גם מקבלי השירות ידעו על כך או לכל הפחות היה עליהם להבין זאת. גם כאשר הייתה הסכמה כי השירות ניתן בתמורה, אי-קיומו של מסמך הביא למחלוקות לגבי גובה דמי התיווך המוסכמים, ובמקרה של היעדר הסכמה בנושא זה, גם לגבי השאלה מה הם דמי התיווך המקובלים בעסקה מסוגה של העסקה נשוא המחלוקת.

שאלת הדרישה למסמך בכתב בעסקת תיווך נידונה בפסיקה הישראלית בדרך כלל בהשוואה לדרישת הכתב הנדרשת לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. לפי חוק המקרקעין עסקה במקרקעין שאינה בכתב אינה תקפה כלל, אפילו לא כהתחייבות לעשיית עסקה, והצדדים רשאים לסגת ממנה.

הפסיקה האזרחית הישראלית קבעה כי דרישת הכתב בעסקת תיווך במקרקעין נגזרת מתכליתו הצרכנית, וכי היא נועדה לוודא שהלקוח יקבל שירות מקצועי ולמנוע סכסוכים בשאלה אם אכן הוזמנו שירותי תיווך ואם הובהר ללקוח שעליו לשלם תמורתם. התעלמות מדרישת הכתב תסכל את תכליתו האמורה של החוק.<sup>64</sup> לדעת פרופ' פרידמן,

63 להרחבה על אודות החוק, ראו: איל זמיר "לקראת חקיקה של דיני התיווך" ספר זיכרון לגד טרסקי 225 (תשנ"ו).

64 ראו למשל: ת"א (שלום קריות) 6994/01 חב' אמירי תבל בע"מ נ' רוזנצווייג פס' 9-10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.7.2002); ע"א (מחוזי ת"א) 3252/05 טרסטנברג נ' אפריקה ישראל מגורים בע"מ, פס' 37-38 לפסק דינו של השופט ק' ורדי (פורסם בנבו, 28.5.2008); ע"א (מחוזי ת"א) 1183/08 מטרופוליס נ' הצלחת יחזקאל בע"מ (בפירוק מרצון) פס' 13-12 לפסק דינו של השופט י' שנלר (פורסם בנבו, 19.8.2009).

ובעקבותיו פסקו כך גם בתי המשפט, מתכלית החוק נגזר כי כאשר אין מתווך זכאי לדמי תיווך לפי החוק, הוא אינו זכאי לתשלום עבור עבודתו גם מכוח עילה משפטית אחרת – חוק עשיית עושר ולא במשפט, ניהול משא ומתן שלא בתום לב או עקרונות צדק ויושר אחרים.<sup>65</sup>

שאלת זכאותו של מתווך במקרקעין לדמי תיווך כאשר היה חוזה תיווך בכתב אך לא נכללו בו כל הפרטים הנדרשים בחוק ("ריכוך חלקי" של דרישת הכתב) נידונה בשורה של פסקי דין בבתי המשפט השלום והמחוזי, אשר נחלקו בדעתם אם ניתן להשלים חלק מן הפרטים שלא נכתבו במסמך.<sup>66</sup> לאחרונה הוכרעה סוגיה זו בבית המשפט העליון בעניין מזרחי.<sup>67</sup> בפסק דין זה נקבע כי יש לאפשר הגמשה של דרישת הכתב בחוזה תיווך בכל הנוגע להשלמת פרטים, כל עוד הפרטים החסרים אינם כרוכים בחוסר ודאות כאשר לזיהוי החייב, לזיהוי הנכס ולשיעורם של דמי התיווך. במקרים אלה, כאשר ניכר כי הרוכש מבקש להיתלות בחסרים מסוימים בחוזה התיווך בחוסר תום לב, אין מקום לעמוד על דרישת הכתב באופן דווקני.<sup>68</sup>

לעומת "ריכוך חלקי" של דרישת הכתב במקרה שחסרו פרטים במסמך, סירבו עד היום בתי המשפט לפסוק דמי תיווך ללא כל מסמך בכתב ("ריכוך מלא" של דרישת הכתב), גם אם היו חוסר תום לב וחוסר הגינות מצד מקבל שירותי התיווך. הסיבה לכך היא שבית המשפט העדיף את התכלית הצרכנית הגלומה בדרישת הכתב. בעניין מזרחי קבע בית המשפט כי במקרים שבהם לא קיים כלל חוזה תיווך בכתב אין מקום ללמוד מפסקי הדין המאפשרים התגברות על דרישת הכתב בחוזה מקרקעין, ויש מקום להחמרה רבה יותר. שכן, אם לא ייעשה כן, ירוקן החוק מכל תוכן, תוך פגיעה בתכליתו להסדיר את שוק התיווך ולהגן על הנזקקים לשירותי תיווך. בית המשפט הוסיף כי מתווך אמור להיות מודע לחובתו להחתים את לקוחותיו על חוזה תיווך כדין. זו דרישה שאינה מורכבת כל עיקר, ואם לא עשה כך הסיכון אמור להיות מונח לפתחו.<sup>69</sup> השופטת ברק-ארז מוסיפה

- 65 ראו: הניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט 661 (מהדורה שנייה, 1998); עניין אמירי תבל, שם, פס' 11; עניין טרכטנברג, שם, ובפס' 14; עניין מטרופוליס, שם.
- 66 על דרישת הכתב לפי חוק המתווכים במקרקעין ותכליתה ועל הפסיקה בעניין זה ראו אבי וינרוט "דרישת הכתב בעסקת תיווך במקרקעין" משפט ועסקים כב 121 (2019). המונחים "ריכוך חלקי" ו"ריכוך מלא" של דרישת הכתב לקוחים ממאמרו הנ"ל של וינרוט.
- 67 ע"א 16/3384 מזרחי נ' מרקוביץ (פורסם בנבו, 5.7.2018).
- 68 שם, פס' 46 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז. לביקורת על פסיקה זו ועל ההשוואה בין דרישת הכתב שבחוק המקרקעין לזו שבחוק המתווכים במקרקעין, ראו גם וינרוט, "דרישת הכתב", לעיל ה"ש 66, בעמ' 146-153.
- 69 עניין מזרחי, פס' 48-51 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. השופט אלרון, בפס' 7-8 לפסק דינו, מצטרף לדבריה ומוסיף, כי גישה זו נתמכת גם בשיקולי יעילות כלכלית, שכן היא מטילה את הסיכון לנזק על שכמו של המתווך, שהוא הגורם שבכוחו למנוע את הסיכון בעלויות נמוכות.

כי ייתכן שמקרים יוצאי דופן יצדיקו חיוב בדמי תיווך גם בהיעדר מסמך בכתב, אולם המקרה הנידון אינו כזה והיא אינה קובעת מסמרות בשאלה זו.<sup>70</sup>

## 2. פרשנות תכליתית ותשובת החת"ם סופר: פסיקת הדיינים ברשת ארץ חמדה – גזית

שני דיינים ברשת ארץ חמדה – גזית סברו כי גם אם חוק הוא צודק וראוי ויש לו תוקף הלכתי, אם בנסיבות המקרה יביא יישומו לתוצאה שאינה צודקת, אין לפסוק על פיו. הנושא שבו דנו דיינים אלו היה דרישת הכתב בחוק המתווכים במקרקעין,<sup>71</sup> והם התבססו על תשובת החת"ם סופר.<sup>72</sup>

החת"ם סופר העניק תוקף מכוח "דינא דמלכותא" לחוק בטוקאי שבהונגריה (Tokaj), אשר אסר לעסוק בתיווך למכירת יין למי שלא קיבל לכך רישיון מהשלטון. נימוקו היה כי חוק זה "איננו נגד דין תורה אלא כתורה עשו, ואלו באו לפנינו [לפני חכמי ההלכה, כדי שנקבע תקנה כזו] היינו גם כן מתקנים כן, הא דלא יתרבו הסרסורים [=המתווכים] יותר ממה שראוי לפי העיר והמסחר, כדי שיכולים להתפרנס ולא יפסקו חיותא [=יקפחו פרנסה] זה לזה". לדברי החת"ם סופר, לפי התלמוד והפוסקים גם לבני העיר ולבני אומנות יש סמכות לתקן תקנות כאלו,<sup>73</sup> ו"דינא דמלכותא" עדיף על כך.

על סמך תשובה זו של החת"ם סופר קבעה רשת בתי הדין ארץ חמדה – גזית כמדיניות עקרונית כי "לכל חוק ש'אלו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן' – יש תוקף הלכתי על פי הכלל דינא דמלכותא דינא".<sup>74</sup> השאלה שעמדה לפני שני הדיינים שדבריהם יידונו להלן היא אם מתווך זכאי לדמי תיווך גם במקרה שלא נחתם כלל הסכם בכתב כנדרש בחוק.

70 עניין מזרחי, פס' 50 ו-62 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "קשה לחשוב על מצב שבו ניתן יהיה לוותר כליל על הדרישה הבסיסית לקיומו של חוזה תיווך בכתב על מנת להטיל חיוב בדמי תיווך. מכל מקום, במסגרת הדיון שבפנינו אינני נדרשת לקבוע מסמרות בכך", "אף אם ניתן להניח כי קיימים מקרים יוצאי דופן שיצדיקו חיוב בדמי תיווך בהיעדר חוזה (וכאמור לעיל, איני קובעת מסמרות לעניין זה), ברי כי המקרה דנן ממילא לא נמנה עמם".

71 לפסקי דין רבניים בנושא תיווך מקרקעין הוקדש גיליון מס' 10 של כתב העת ממון ודין (2019) בהוצאת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן.

72 שו"ת חתם סופר (משנת 1836), ראו לעיל ה"ש 7.

73 הוא מציין לברייתא, בבא בתרא ט, ע"א, ומקורה בתוספתא, בבא מציעא יא, כג-כו.

74 על מדיניות זו שנקבעה בכנס דייני בתי הדין לממון בשנת תשס"ח ופורסמה תחת הכותרת "מעמדם של חוקי המדינה" ראו תחומין כט 144 (תשס"ט), וראו עוד: <http://www.erezthemdah.org/?lang=he> ("מדיניות הלכתית").

בהתאם למדיניות הנזכרת של הרשת פסק הרב יוסף כרמל כי קביעת החוק שאין לשלם דמי תיווך ללא מסמך בכתב היא ראויה,<sup>75</sup> שכן היא מצמצמת חוסר בהירות בין המתווך לבין הצדדים לעסקה, ובכך מונעת מריבות והתדייניות משפטיות, ולכן יש לה תוקף הלכתי.<sup>76</sup> עם זאת, לדעת הרב כרמל, "חידושו [של] החתם סופר הוא, שעל בית הדין לבחון את החוק מבחינה מהותית", ועל פי דברי החת"ם סופר "נראה שבסמכות בית הדין לקבל חוק באופן ביקורתי, על פי שיקול דעתו". לאור הנסיבות פסק הרב כרמל בהתאם לחוק כי המתווך אינו זכאי לדמי תיווך. אולם הוא הוסיף כי במקרה ש"יהיה לבית הדין ברור ששני הצדדים היו מודעים לחיוב", ייתכן כי יש לחייב בתשלום דמי תיווך גם ללא מסמך בכתב, בניגוד לחוק, כי במקרה ש"כוונות הצדדים ברורות אין מקום לתקנה [=לחוק]".<sup>77</sup>

דיין נוסף ברשת ארץ חמדה – גזית, הרב סיני לוי, הגיע אף הוא לאותה מסקנה בהתבסס על פסק דינו של הרב כרמל, ופסק כך במקרה שבא לפניו.<sup>78</sup> התובע עבד כמתווך מורשה במשרד תיווך בכני ברק. אשת הנתבע התקשרה אליו לצורך שכירת משרד לטווח ארוך עבור בעלה. המתווך השיב כי יש לו נכס מתאים, ועוד באותו יום נקבעה פגישה של האישה ובעלה עם המתווך ובעל הנכס. לא נחתם הסכם להזמנת שירותי תיווך. לאחר שהבעל שכר את הנכס הוא סירב לשלם למתווך, בין היתר בטענה כי לפי החוק אין חובה לשלם דמי תיווך אם לא נחתם הסכם תיווך בכתב.

הרב לוי קבע כי חוק המתווכים תקף באופן עקרוני מכוח "מנהג" ו"דינא דמלכותא". עם זאת, הוא שב על העיקרון שהסיק הרב כרמל מן החת"ם סופר, כי בבואו לשקול אם לפסוק על פי החוק האזרחי "על בית הדין להפעיל שיקול דעת מהותי". משום כך אין לפסוק לפי החוק במקרה שאחד הצדדים ידע או שהיה עליו להבין כי מצופה ממנו לשלם דמי תיווך, "שכן, אם ניישם את החוק במצבים כאלו, לקתה מידת ההגינות שצריכה להיות נר לרגלינו". לגישת הרב לוי, אף על פי שהחוק ראוי ותקף באופן כללי, יישומו ככל מקרה כפוף לשיקולי צדק והגינות בהתאם לנסיבות.

הרב לוי הבחין בין הנסיבות שבפסק דינו לבין אלו שהיו בפסק דינו של הרב כרמל. אצל האחרון התובע היה אדם שאינו מתווך מקצועי, אשר פנה מיוזמתו לשכנו והציע לו למכור את דירתו לאחרים. לאור זאת ראוי היה לפסוק כי התובע אינו זכאי לדמי תיווך.

75 תיק (ארץ חמדה – גזית, ירושלים) 70/003, עמ' 6-7 לפסק הדין (התש"ע) (דן יחיד). פסק הדין עובד למאמר: יוסף כרמל וסיני לוי "דמי תיווך שלא הוסכם עליהם מראש" תחומין לא 358 (תשע"א).

76 הרב כרמל התבסס גם על שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' שנו, שקבע כי הכלל "דינא דמלכותא דינא" נועד לתת תוקף לחוקים שמחוקק המלך "כדי שלא יבואו העם לידי הכחשות וקטטות".

77 תיק 70/003, בעמ' 8 לפסק הדין. ראו לעיל ה"ש 75.

78 תיק (ארץ חמדה – גזית, ירושלים) 72059 (תשע"ב) (דן יחיד).

לעומת זאת, במקרה של הרב לוי התובע היה מתווך מקצועי, הנתבע הוא זה שפנה אליו ביוזמתו והמתווך הוא זה שהפגיש בין הצדדים. אומנם, המתווך לא החתים את הנתבע על מסמך בכתב, אולם לדברי הרב לוי זה נבע מה"תרבות ה'בני ברקית'" אשר מאופיינת בחוסר פורמליות. לדבריו, הלקוח היה מודע לכך ולא ייחס זאת לויתור של המתווך על דמי התיווך.<sup>79</sup> לאור זאת פסק הרב לוי, בניגוד לחוק, כי המתווך זכאי לדמי תיווך אף על פי שלא היה הסכם בכתב. גם דיינים נוספים ברשת ארץ חמדה – גזית אימצו עמדה זו, והיא הפכה ל"מדיניות בית הדין".<sup>80</sup>

יש לשים לב כי אין מדובר בדחיית החוק, אלא בהפעלת מנגנונים פרשניים שמקובלים גם בפסיקה האזרחית, גם אם הם לא יושמו במקרה של דרישת הכתב בתיווך במקרקעין, מהסיבות שעוד יובאו להלן. בהתאם לכך, החוק תקף לכל דבר ועניין, אולם הפעלת "שיקול דעת מהותי" מאפשרת לדיינים שלא ליישם אותו. המונח "שיקול דעת מהותי", שבו השתמשו דייני רשת ארץ חמדה – גזית, אינו אלא מינוח אחר למונח "פרשנות תכליתית". פרשנות כזו, כידוע, מאפשרת לבית המשפט יצירתיות רבה ביישומה של החוק או בדחיית מרכיבים מתוכו, למשל כאשר היא נעשית תוך שימוש במנגנונים כדוגמת טענת "תום לב", היינו: כאשר החוק מעוצב לא בהכרח לפי התכלית המסוימת שלשמה הוא נחקק אלא לאור שיקולים ערכיים רחבים יותר שבהם דוגל השופט.<sup>81</sup> אומנם בעניין מזרחי בית המשפט העליון הסכים להשתמש בטיעונים של חוסר תום לב רק בנוגע לחיסרון חלקי בדרישת הכתב. אולם, כזכור, השופטת ברק-ארז ציינה כי ייתכן שעשויים להיות מקרים יוצאי דופן שיצדיקו חיוב בדמי תיווך גם בהיעדר מסמך בכתב לחלוטין.<sup>82</sup>

נראה אפוא כי הדיינים מאפשרים בפסיקתם הגמשה יתירה של הדין האזרחי מכוח שיקולי צדק, אולם, בניגוד לכל העמדות שהובאו בפרק ב, אין לראות בכך משום

79 בעמ' 4-5 לפסק הדין. לדיון ביחס שבין פסק דינו של הרב לוי לפסק דינו של הרב כרמל מן ההיבט של יחס הדיינים אל התקדים, ראו: צבי דורות ערכאות של תורה: היבטים חוזיים, נזיקיים ודייניים בפסיקות בתי הדין לממונות 133-135 (עבודת גמר, תואר שני, אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, תשע"ה).

80 ראו למשל: "מדיניות בית הדין היא, שהצורך בהסכם [תיווך] כתוב, הוא למקרה שנחלקו הצדדים האם היה ביניהם הסכם [...] אך, באופן שאין מחלוקת לגבי קיומו של הסכם [...] ההסכם מחייב אף שהוא לא נכתב" – תיק (ארץ חמדה – גזית, פתח תקווה) 79006 מתווך דירות נ' רוכש דירה, עמ' 7 (15.1.2019) (הרבנים ציון כהן, עקיבא כהנא ואבשלום בידיני); "בבית דין זה נקבע כבר כי במקרה בו היה הסכם תיווך מפורש בעל פה יש חובת תשלום ואין לקבל את החוק" – תיק (ארץ חמדה – גזית, ירושלים) 78056 משווק מגרשים נ' רוכש מגרשים לבנייה ולתיווך, סע' ח לפסק הדין (16.10.2018) (הרבנים עובדיה אחיטוב, מבורך טוויטו, בניה קניאל).

81 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 180-213 (2004).

82 ראו לעיל, סמוך לה"ש 70.

דחיית החוק. אדרבה – יש כאן, גם אם לא במודע, אימוץ כלים פרשניים הדומים לאלו שמופעלים בפסיקה האזרחית ואולי אף בהשפעתה.<sup>83</sup>

דייני ארץ חמדה נוקטים אם כן "פרשנות תכליתית" של החוק האזרחי בדומה לכתי המשפט האזרחיים, אך הם עושים זאת במסגרת המשא ומתן ההלכתי ולצורך הצדקת השימוש בדין האזרחי. וכך, בעוד בתי המשפט נעזרים בכלים פרשניים אלו לצורך פרשנות החוקים וכדי לקבוע אם לתת להם תחולה רחבה או מצומצמת, דייני ארץ חמדה – גזית משתמשים בהם לצורך שאלה מקדמית יותר: באיזו מידה לאמץ בפסיקתם את החוק ומה היקף התחולה שיש להעניק לו. עם זאת, מבחינת התוצאה אין הבדל בין השניים.

מעניין להשוות את עמדתם של דייני ארץ חמדה – גזית הנזכרים לעמדתו של הדיין הרב אריאל בראלי, דיין בבית הדין "משפט לעם" בשדרות. הרב בראלי כותב במאמר: "נראה שגם בדיני ממונות קיימת 'מדיניות הלכתית' המכוונת את הדיין להציל עשוק מיד עושקו, ועליו למצוא דרך הלכתית להוציא זאת אל הפועל".<sup>84</sup> על סמך תשובת החת"ם סופר שנזכרה לעיל הוא קובע כי אחת הדרכים להגיע לפסיקה שמתיישבת עם שיקולי צדק היא "להחשיב את חוק המדינה במקום הצורך כתקנת הציבור למניעת עוול". הוא מוסיף כי אפשר לאמץ את החוק גם מכוח "דינא דמלכותא" או תקנת קהל.<sup>85</sup> הרי לנו דיין נוסף שמחליט אם לאמץ בפסיקתו את החוק האזרחי על בסיס שיקולי צדק בהסתמך על דברי החת"ם סופר.

ראוי להעיר כי יש מקום להשיג על דרך ההפעלה של שיקול הדעת המהותי בפסיקתם של שני דייני ארץ חמדה – גזית בנושא דנן. היתרון הגדול בפסיקתם של הרבנים כרמל ולוי הוא כמובן עשיית צדק עם המתווך במקרה הנידון. אולם, פסיקה כזו עלולה לסכל את תכלית החוק שנועד למנוע מריבות וריבוי התדייניות, תכלית ראויה גם לדעתם. אם ידעו מתווכים כי הם עשויים לזכות בדמי תיווך גם אם לא החתימו את הלקוח על מסמך בכתב, צפוי כי בכל מקרה שכזה הם ינסו את מזלם ויגישו תביעה. התוצאה תהיה

83 השוו לדברי דורות (לעיל, ה"ש 79, בעמ' 147), כי ההרכב בראשות הרב כרמל הציע לאמץ בפסיקת בתי הדין את דוקטרינת ההצעה והקיבול שבחוק החוזים הנהוגה בדין האזרחי, מכוח דין סיטומתא. זאת כדי להכיר בתוקף חוזים גם כאשר הצדדים לא עשו "מעשה קניין" כנדרש לפי ההלכה. לדבריו, "לפחות בשני מקרים בולטים נוספים [...] שבהם ישב הרב כרמל בדין, הוכרע התיק על פי עקרונות שכמותם מקובלים גם בדין האזרחי". כאחד מהם הוא מציין את פסק הדין שנידון לעיל, שבו אימץ הרב כרמל את חוק המתווכים במקרקעין. לדברינו, יש בפסק דין זה לא רק אימוץ של החוק אלא גם אימוץ של רוח הפרשנות הנהוגה בבתי המשפט האזרחיים.

84 הרב אריאל בראלי "פסיקה על פי מדיניות הלכתית כדי למנוע עוול" תחומין לח 310, 312 (תשע"ח).

85 שם, בעמ' 315. דברי החת"ם סופר הובאו לעיל ליד ה"ש 72.



חזרה למצב הבעייתי ששרר ערב חקיקת חוק המתווכים ואשר גרם לחקיקתו: אי־בהירות בנוגע לעצם החיוב בדמי תיווך ובנוגע לגובהו וריבוי הדיניניות.<sup>86</sup>

זאת ועוד, ה"מחיר" של פסיקה מעין זו הוא ערעור היציבות השיפוטית – בדומה ל"מחיר" שמשלמת מערכת המשפט האזרחית באימוץ שיטות פרשנות אקטיביסטיות (כשיטת הפרשנות התכליתית), ובמידת מה אף יותר ממנה.<sup>87</sup> אם הזכאות לדמי תיווך תלויה בקיומו של מסמך בכתב, כפי שדורש החוק, מדובר באמת מידה אחידה ואובייקטיבית. לעומת זאת, אם ההכרעה בנושא זה תהיה תלויה בשיקולי צדק לאור נסיבות המקרה, כפי שסוברים הרבנים כרמל ולוי, הפסיקה תהיה כמעט בהכרח בלתי אחידה וסובייקטיבית, שכן שיקולי צדק והגנינות עשויים להשתנות ממקרה למקרה ומדיין לדיין. חיסרון זה קיים כאמור גם בשיטת משפט אזרחית המאמצת דרך פרשנית שכזו, אולם בפסיקה ההלכתית הוא עלול להתעצם, שכן בתי הדין לממונות אינם כפופים לפסיקות קודמות, גם לא לפסיקותיהם שלהם עצמם. זו הרי הסיבה לכך שהמחוקק התנה את דמי התיווך במסמך בכתב, אף על פי שהוא היה מודע לכך שדרישה זו עלולה להביא לעיתים לתוצאה שאינה צודקת כלפי המתווך. יתרונם של קריטריונים פורמליים הוא ביציבות ובוודאות שהם מעניקים, ודחייתם עלולה אפוא לפגוע ביציבות זו.<sup>88</sup>

ראוי לציין כי הרב סיני לוי חולק על הפרשנות שניתנה לעיל לפסק דינו, ולהלן תוצג עמדתו בהרחבה.<sup>89</sup> כידוע, פסק דין משניתן אינו כפוף עוד ליוצרו.<sup>90</sup> עם זאת, אנו רואים חשיבות רבה בדבריו של הרב לוי הן לגופם והן לצורך הצגת חלופה פרשנית נוספת לניתוח פסק דינו.

- 86 ראו לעיל ליד ה"ש 63.
- 87 ראו למשל ישראל ציגנלאוב "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים" הפרקליט נ 261–310 (תשס"ח).
- 88 ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי פרק א (תשנ"ג).
- 89 הרב סיני לוי, מכתב אל מחברי המאמר מחודש תשרי תש"ף.
- 90 עמדתנו זו מנוסחת בפנים בהתייחס לפרשנות פסקי דין, אולם היא משיקה לשאלות פרשניות כלליות, ובמידה רבה נובעת מתפיסות פרשניות כלליות, בהתייחס לכל פרשנות טקסט באשר היא. בקצרה, התפיסה הקלאסית ראתה את הפרשנות כניסיון לשחזר את כוונת המחבר, בעוד תפיסות מאוחרות יותר (בעיקר מהמחצית השנייה של המאה ה-20) ראו את הפרשנות כתהליך של יצירה של הפרשן (במידה מלאה או חלקית). לדיון זה חשיבות מיוחדת ביחס לטקסטים משפטיים, לאור אופיו ומטרותיו של הטקסט המתפרש, כדוגמת פסקי דין. על המתח בין תיאוריה פרשנית יצירתית ("קונסטרוקטיבית") של טקסט משפטי לבין כוונת המחבר, ראו ANDREI MARMOR, INTERPRETATION AND LEGAL THEORY 28–29 (2<sup>nd</sup> Edition, 2005). מתח זה קיים גם בהלכה, ראו משה הלברטל מהפכות פרשניות בהתהוותן 181–203 (תשנ"ט). הדברים משליכים גם על ניתוח פסקי דין רבניים, ראו אבישלום וסטרייך "רטוריקה ומהות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 543.

לדברי הרב לוי, כוונתו לא הייתה כי אין להחיל את חוק המתווכים נוכח הנסיבות של "המקרה המסוים", אלא שיש "החלה מוגבלת מראש" של החוק רק למקרים שבהם יש עמימות בשאלת החיוב בדמי תיווך, וכי אין להחילו כאשר ברור שהלקוח ידע שעליו לשלם על התיווך והוא מנצל את החוק כדי להשתמש מכך. לגישתו, לאור החת"ם סופר, לו היה נחקק חוק מתווכי מקרקעין הלכתי לצורך התמודדות עם "עודף התדיינות" בשל עמימות בתחום התיווך", הוא היה משאיר פתח לחייב בדמי תיווך ב"מצבים מובהקים", שבהם כוונת הצדדים ברורה, כגון זה שנידון בפסק דינו, גם בהיעדר מסמך בכתב. לטענתו, "פוסקי ההלכה לעולם לא היו מתקנים תקנה" שפותרת מתשלום דמי תיווך במקרה שכזה ומעדיפה "פרוצדורה [=מניעת ריבוי התדיינות] על פני צדק", בניגוד לדרכה של ההלכה.<sup>91</sup> משום כך, יש תוקף של "דינא דמלכותא" לחוק המתווכים במקרקעין רק במקרים שבהם יש עמימות לגבי החיוב בדמי תיווך, ובמקרים כאלו לא זכאי המתווך לדמי תיווך בהיעדר מסמך בכתב, גם אם השקיע הרבה בעסקה וייגרם לו חוסר צדק.<sup>92</sup> בכך, טוען הרב לוי, נבדלת גישתו מגישת צדק אחרת, רחבה הרבה יותר, שלפיה אין להחיל את החוק האזרחי בכל מקרה שבו ייגרם חוסר צדק במקרה המסוים, גם ללא קשר לשאלת העמימות בחיוב.<sup>93</sup>

הרב לוי טוען עוד כי כשם שהפסיקה האזרחית בחרה שלא להגמיש את דרישת הכתב בחוק המתווכים, היא הייתה יכולה בהחלט להגמישה יותר, וכי הדבר תלוי בעיקר ב"כמה חוסר צדק נגרם באי ההגמשה, וברגישות המערכת לחוסר הצדק". לדבריו, ההלכה מעדיפה את הצדק והמהות על פני הפרוצדורה "במשקל שונה לחלוטין מאשר החוק הישראלי". משום כך, כאשר דיין בוחן אם לאמץ חוק אזרחי, "הגיויני שהוא יתן משקל יתר לשיקולי הצדק, על פני קבלת החוק ככתבו וכלשונו". כפי שבית המשפט "ייטה לפרשנות יצירתית" לחוק ויעדיף אותה על פני "פרשנות מילולית" כדי לא

91 על הצדק במשפט העברי ועל היחס בין מהות לפרוצדורה בכלל ובמשפט העברי בפרט נכתב רבות, ראו למשל: איתמר מירון סדר הדין האזרחי – בין מהות לפרוצדורה במשפט העברי ובמשפט הכללי (עבודת דוקטור, הפקולטה למשפטים – אוניברסיטת בר אילן, תשע"ד); המקורות שצוינו לעיל ה"ש 12.

92 הרב לוי במכתבו (לעיל ה"ש 89) מעיר: "באופן עקרוני יכול הייתי בפסק הדין לפרש את החוק, ולטעון שההלכה אינה כפופה לפרשנות החוק על ידי הפסיקה [וזו סוגיה הלכתית שיש לדון בה] [...] אז לכאורה לא היה מקום לביקורת [...] [על פסק הדין, שכן במקרה כזה הדיינים] מקבלים את החוק באופן מלא, אבל מפרשים אותו (שהרי ברור שאם בית המשפט היה מפרש באופן כזה, לא היה מקום לטעון שיש [...] [בעיה כלשהי בפסיקת בית הדין אשר תאמץ פרשנות זו]). אבל יותר נראה לי נכון להגדיר את היקף החוק מבחינה הלכתית, שזה דיון במגרש ההלכתי" (הסוגריים העגולים במקור).

93 גישת צדק רחבה שכזו, הבוחנת את הצדק ב"מקרה המסוים", נוקט הרב דב ליאור. ראו לעיל ליד ה"ש 46.

לפגוע בעקרון השוויון, כך ינהג בית הדין כאשר הוא בא להחיל מכוח ההלכה את החוק האזרחי – הוא ייטה לפרש את החוק באופן ש"עקרונות הצדק המהותי" לא ייפגעו.<sup>94</sup> הרב לוי מוסיף כי לדעתו, בניגוד לטענתנו לעיל, אין בפסיקתו כדי לסכל את תכלית החוק. שכן, "מקרי העמימות" שאותם ביקש החוק לפתור הם רוב המקרים, ובהם גם הוא לא יחייב בדמי תיווך, בהתאם לחוק. זאת ועוד, לאור פסיקתו הוא מניח שמקרים כאלו כלל לא יגיעו לבית הדין. מכל מקום, לדעתנו בחינת פסק דינו של הרב לוי בהקשרו של המשפט הישראלי מלמדת על זיקתו לתהליכים רחבים יותר בפסיקה האזרחית, כמוסבר לעיל.

לסיום, על אף שהנמקתם של דייני ארץ חמדה – גזית שונה מזו של הרב ליאור שהוזכרה לעיל,<sup>95</sup> התוצאה דומה: החוק תקף באופן עקרוני, אולם לדין או לפוסק ההלכה יש סמכות לסטות ממנו במקרים מסוימים. בדומה לרב ליאור, סמכות זו איננה נובעת מה"חולשה" לכאורה של החוק האזרחי מנקודת המבט ההלכתית, אלא ממנגנונים אחרים. אצל דייני ארץ חמדה – גזית מצאנו מנגנון פרשני דמוי פרשנות תכליתית לחוק. דבריו של הרב ליאור מאפשרים תוצאה זו מכוח מנגנון הלכתי עוקף: הסמכות לפסוק מכוח "פשרה". מנגנון זה מעניק שיקול דעת רחב לדין או לפוסק, ומאפשר לו לפסוק בהתאם למה שנתפס בעיניו כשיקול צודק וראוי, אולם, כאמור, תוך קבלה עקרונית – וגמישה – של הדין האזרחי. כפי שהוסבר לעיל, המושג "פשרה" משמש אצל הרב ליאור ככלי פרשני המאפשר הפעלת שיקולי צדק. גם בהיבט זה יש אפוא קרבה בין דרכם של דייני ארץ חמדה – גזית לבין דרכו.

### 3. אימוץ דרישת הכתב: הרב אוריאל לביא

ראינו לעיל גישות המסתייגות מדרישת הכתב בחוק המתווכים במקרקעין, ועסקנו בנימוקיהן ובהצדקות הפרשניות הניתנות להן. ההתמודדות עם חוק המתווכים במקרקעין מעלה גם גישה שונה, המוכנה לאמץ את החוק האזרחי על אף ההתנגשות האפשרית עם שיקולי צדק. עם זאת, גם גישה זו איננה מקבלת את הדין האזרחי תמיד ובאופן גורף, אלא תולה את נכונותה לאימוצו במניעים לחקיקת החוק ובאידיאולוגיה החבויה בין תכניו.

גישה כזו היא גישתו של הרב אוריאל לביא, המאמץ בפסיקתו את חוק המתווכים במקרקעין.<sup>96</sup> מתווך דירות פנה לבעל דירה, הציג עצמו כמתווך והודיע לו כי יש קונה המעוניין לרכוש את דירתו. המתווך סייע לשני הצדדים להשלים את העסקה והדירה נמכרה לקונה, אולם לא נחתם הסכם תיווך. הרב לביא שדן בתיק קבע, כי לפי ההלכה המתווך

94 הרב לוי במכתבו, לעיל ה"ש 89 (ההדגשה במקור).

95 ראו לעיל, ליד ה"ש 46.

96 אוריאל לביא עטרת דבורה כרך ב סימן לח 887 (תשס"ט). הרב לביא הוא אב"ד בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, ולשעבר בבית הדין הרבני האזורי בצפת.

זכאי לדמי תיווך גם אם הצדדים לא סיכמו זאת ביניהם,<sup>97</sup> אולם לפי החוק הישראלי אין זכאות לדמי תיווך ללא מסמך חתום, ולכן יש לבדוק "האם החוק משפיע על ההלכה". הרב לביא תלה את ההכרעה בנידון במחלוקת הנזכרת לעיל של הרמ"א והש"ך. לדעת הרמ"א, כאמור, יש תוקף מכוח "דינא דמלכותא" לחוק שנעשה "לתקנת בני המדינה", גם כאשר הוא מנוגד לדין תורה.<sup>98</sup> לדברי הרב לביא, חוק מתוכי מקרקעין נחקק "על מנת להנהיג כללים ברורים ולהסדיר סדרים מתוקנים בשוק התיווך, ולמנוע טענות לזכויות בדמי תיווך במקרים בהם תרומתו של המתווך להשלמת העסקה הייתה שולית או אינה ברורה", ולכן לפי הרמ"א יש תוקף לחוק זה. לעומת זאת, לפי הש"ך, אף שחוק מתוכי מקרקעין נעשה "לתקנת בני המדינה" אין בכוחו לגבור על הלכה מפורשת, הקובעת שמתווך זכאי לדמי תיווך גם בלא שנחתם הסכם.<sup>99</sup>

הרב לביא נטה לפסוק כרמ"א ואף טען, בהסתמך על הש"ך במקום אחר ועל פוסקים שפסקו בעקבות דבריו הללו, כי כאשר חוק הפך ל"מנהג המדינה" יודה גם הש"ך שיש לו תוקף.<sup>100</sup> הוא הוסיף כנימוק שני שבימינו, כשחוקים מתקבלים על ידי נציגי העם בבית הנבחרים, הרי זה כאילו קיבלו עליהם הכול את החוק, ומשום כך ייתכן שגם הש"ך יודה כי יש תוקף לחוק שנוגד דין תורה.<sup>101</sup> הרב לביא הסתמך גם על תשובת החת"ם סופר, שנזכרה לעיל, ודימה בין החוק שנידון שם לבין חוק המתווכים.<sup>102</sup>

הרב לביא סייג את דבריו בנוגע לתוקף חוקים אזרחיים. לדעתו, יש אומנם תוקף לחוק אזרחי כאשר הוא "מיועד לתקנת בני המדינה", אבל לא לחוק ש"נועד להחליף דיני תורה ברורים כדיני ירושה או עדות" או שנועד "ליצור מערכת חוקים חילונית

97 מדין היורד לשרה חברו הראויה ליטע (דין "נהנה"). רמ"א, חושן משפט רסד, ד.

98 רמ"א, לעיל ה"ש 49.

99 ש"ך, לעיל ה"ש 4.

100 הוא ביסס זאת על הש"ך, חושן משפט שנו, ס"ק י, וכתב שכך הבינו אותו ופסקו בעקבותיו גם שו"ת בית יצחק, יורה דעה, חלק ב, סימן עה (נתן תוקף לחוק זכויות יוצרים בארצו כי הפך ל"מנהג"); שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קסז (נתן תוקף לחוק פיצויי פיסטורין במדינת ישראל כי הפך ל"מנהג"). כך פסקו גם שו"ת אמרי אברהם, לעיל ה"ש 51 (בנוגע לחוק הגנת הדייר); שו"ת משפטי ערויאל, לעיל ה"ש 20, אות ח (בנוגע לש"ך, אולם חרף זאת את חוק ההתיישנות הוא סירב לקבל, ראו לעיל, ליד ה"ש 22).

101 סברה זו הביא הרב לביא בשם ר' יהושע פנחס בומבאך, הובאו דבריו בתשובה של בנו, שו"ת אוהל יהושע, חלק ב, סימן יא (ביחס לחוק הגנת הדייר שנחקק בפולין בימי מלחמת העולם הראשונה).

102 שו"ת חתם סופר, לעיל ה"ש 7, הובא לעיל ליד ה"ש 72. לדברי הרב לביא, כפי שהחת"ם סופר העניק תוקף לחוק שנועד להסדיר את עבודת המתווכים כי זו הייתה "תקנה לטובתם", כך בנידוננו "החוק קבע סדרים מתוקנים לטובת הקונים והמוכרים שידעו באילו נסיבות הם מחוייבים בדמי התיווך".

לדיני תורה" ו"להשליט תפיסת עולם המנוגדת להשקפת עולם של תורה".<sup>103</sup> להלן נדון בעמדה שכזו ביחס לחזקת השיתוף, שהיא פרי פסיקת בג"ץ.<sup>104</sup> הרב לביא החיל עמדה זו כאן גם על החוק האזרחי, מטעמים דומים. גישתו זו אינה נוגעת לפגיעה בצדק הנובעת מיישום החוק בנסיבות המקרה, כפי שראינו במקרים אחרים שנידונו לעיל,<sup>105</sup> אלא להתנגשות ערכית בין הדין האזרחי לבין ההלכה.

מהי הנקודה שבה עובר הגבול בין חוק אזרחי ה"מיועד לתקנת המדינה", שאותו מקבל הרב לביא, לבין כזה המושתת על "תפיסת עולם המנוגדת להשקפת עולם של תורה", שאותו הוא אינו מוכן לקבל? – מטבעה של שאלה מעין זו, שהתשובה עליה אינה ברורה, והיא עצמה עניין לתפיסת עולם. ומכל מקום, לדעת הרב לביא, במקום שבו יש תוקף הלכתי לחוק האזרחי, אזי תחולתו היא מלאה. וכך אכן פני הדברים בנידון דידן: היות שחוק המתווכים אינו מנוגד לדעתו להשקפת התורה, יש לו תוקף הלכתי מלא.

אף שהרב לביא פסק לפי החוק האזרחי, ראוי להעיר כי פסיקתו אינה תואמת לחלוטין את פסיקת בתי המשפט. שכן, הוא פסק כי אף על פי שמתווך שלא דאג למסמך בכתב אינו זכאי לדמי תיווך באחוזים המקובלים (שני אחוזים משווי הדירה), עדיין יש לשלם לו בגין שעות העבודה שהשקיע.<sup>106</sup> לעומת זאת, כפי שצוין לעיל, לפי פסיקת בתי המשפט בנסיבות אלו לא זכאי המתווך לשכר כלל.<sup>107</sup>

הרב לביא העניק אפוא תוקף לחוק המתווכים. אף שהיה מדובר במתווך מקצועי אשר פנה ללקוח ביוזמתו וסייע להשלים את העסקה, הוא פסק כי לא מגיעים לו דמי התיווך המקובלים. בעוד הרבנים כרמל ולוי ראו בפסיקה בנסיבות כאלו פסיקה שאינה צודקת, שאין לתת לה תוקף,<sup>108</sup> הרב לביא לא ראה כאן כל בעיה כזו. ייתכן כי בחובת תשלום שעות העבודה למתווך נטרל הרב לביא במידת מה את בעיית חוסר הצדק. ומכל מקום, בעיקרם של דברים, ככל הנראה כיוון שלדעתו מטרת החוק הדורש מסמך בכתב

103 הרב לביא (לעיל ה"ש 96, בעמ' 890) הסביר, כי חוק אינו חזק יותר מתקנת קהל, וכי אין רשאים לתקן תקנת קהל שמטרתה יצירת "מערכת חוקים חילופית לדיני תורה".

104 ראו להלן, בטקסט הסמוך לה"ש 129, ובמקורות שיצוינו להלן, ה"ש 110.

105 ראו פסיקותיהם של הרב ליאור (לעיל סעיף 3ג) ושל דיני ארץ חמדה – גזית (לעיל סעיף 2ה).

106 הרב לביא התבסס על ר' רפאל מילדולה, שו"ת מים רבים, חלק ד, סימן כז. ככל הנראה, חיוב זה מבוסס על דין "נהנה", בלשון המשפטית: דיני עשיית עושר ולא במשפט.

107 ראו לעיל בטקסט ליד ה"ש 65. הרב לביא לא הזכיר פסיקה זו. ייתכן שלא היה מודע לה אך ייתכן שהיה מודע לה אך סבר כמו רוב הדיינים בימינו כי הפסיקה האזרחית, בשונה מהחוק האזרחי, אינה מחייבת מבחינה הלכתית. ראו בעניין זה: קליינמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 164 ובה"ש 100.

108 ראו לעיל, ליד ה"ש 77 ר-79.

היא ראויה, יש לקבל את שלילת דמי התיווך ממתווך שלא פעל לפי הוראות החוק, על אף חוסר צדק נקודתי שעלול להיגרם כלפיו במקרה הנידון.

## 1. דחיית הדין האזרחי משיקולי צדק: פולמוסים ערכיים ומעמדו של בית המשפט העליון

בדברי הרב לביא בסעיף הקודם ראינו את הנכונות העקרונית לקבל את החוק האזרחי, אלא אם מדובר בהתנגשות ערכית, היינו: אם החוק מייצג "תפיסת עולם המנוגדת להשקפת עולם התורה". ואכן, ויכוח ערכי מלווה חלק ניכר מהשיח על אודות תוקפו של הדין האזרחי מנקודת מבט הלכתית. ויכוח זה איננו רק דיון אובייקטיבי בין שתי שיטות משפט שוות, אשר מקורן הנורמטיבי שונה. הוויכוח מוצג, פעמים רבות, גם כוויכוח סביב השאלה מהי שיטת המשפט הצודקת יותר. כפי שציינו במבוא, השאלה מהו צדק קשה, ואולי בלתי אפשרית, להכרעה, ובוודאי תלויה בתפיסת עולם,<sup>109</sup> ומשום כך היא יכולה לשמש כמרכיב נוסף במתח הקיים בין ההלכה לבין הדין האזרחי. מקרה המבחן שלהלן ממחיש בצורה חדה את תפקידם הרטורי והמהותי של שיקולי הצדק בדיון זה, וכך מאיר הן את מעמדם של שיקולי הצדק במכלול שיקול הדעת ההלכתי – זו מטרתו הראשונה של מאמר זה – והן היבטים הנוגעים ליחסם העקרוני של דיינים לחוק האזרחי, וזו מטרתו הנוספת של מאמרנו, כפי שהוסבר במבוא.

### 1. רקע: זכויות רכוש בגירושין במקרים של בגידת בן הזוג

אחד ממוקדי הדיון כיום בשאלת מעמדו ההלכתי של החוק האזרחי הוא סוגיית יחסי הממון בין איש לאישה בגירושין. הסוגיה עוררה פולמוסים נכבדים, ועד היום כמדומה לא שכך הדיון העקרוני.<sup>110</sup> ברם, במרבית המקרים נמצאו דרכי פשרה מניחות את הדעת, המאפשרות לבתי הדין ליישם – בצורה נלהבת יותר או פחות – את הדין האזרחי כחלוקת הרכוש בין בני הזוג.<sup>111</sup>

109 ראו לעיל, ליד ה"ש 11-14.

110 ראו דיכובסקי, לעיל ה"ש 50; אברהם חיים שרמן "הלכת השיתוף" לאור משפטי התורה" תחומין יח 32-40 (תשנ"ח); אברהם חיים שרמן "הלכת השיתוף" – אינה מעוגנת בדיני ישראל" תחומין יט 205-220 (תשנ"ט); תיק (נתניה) 764411/1 פלוני נ' פלונית, עמ' 21 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.10.2010), ראו הציטוט להלן, ליד ה"ש 129.

111 לכתיבה הממחישה את ההתחבטויות הפנים-הלכתיות והמוסדיות-פוליטיות בשאלת יישום החוק בעניין זה, ראו חיים שלמה שאנן עיונים במשפט 81-92 (חושי משפט ב, סימן יא, תשע"ה), וראו בהרחבה: Avishalom Westreich, *Accommodating Religious Law with a Civil Legal System: Lessons from the Jewish Law Experience in Financial Family Matters*, 33(3) J. OF LAW & RELIGION 481 (2018).

אלא שעדיין נותרו פערים בין הצדדים, ומעת לעת מתגלעות מחלוקות הנוגעות למעמדו של הדין האזרחי. אלו כאמור אינן נוגעות ללב החלתו של הדין האזרחי ביחסי הממון, אלא להסתעפויותיו, בעיקר במקרים שבהם יישום הדין האזרחי נוגד באופן מובהק את ההלכה או שהוא מעורר בין הדיינים תחושה של חוסר צדק. לעיתים הרברים משתלבים: תחושת חוסר הצדק עשויה לנבוע מכך שהדין האזרחי נוגד באופן מובהק את ההלכה. נדון במתח שכזה המתעורר במקרים של האשמת האישה בבגידה כבן זוגה ובהשפעת עובדה זו על זכויותיה הרכושיות.

חוק יחסי ממון קובע כי לבני זוג זכויות שוות בנכסים שנצברו במהלך חיי הנישואין.<sup>112</sup> הסדר שמאמץ החוק הוא הסדר של איזון משאבים, המושתת על זכות אובליגטורית רחויה של כל אחד מבני הזוג. היינו, בזמן הגירושין או תקופה מסוימת לאחר שנוצר קרע בין בני הזוג מתגבשת זכותו של כל אחד מהם למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג, ובכלל זה רכוש, זכויות פנסיה ועוד.<sup>113</sup> מדיניות זו נוגדת את העמדה ההלכתית המסורתית, הנוטה להעניק משקל לרישום הפורמלי בנכסים, אינה מכירה בזכות המשותפת בפנסיה וברכוש נצבר אחר ועוד.<sup>114</sup> ברם, כאמור, המדיניות הרווחת בבתי הדין כיום היא ליישם את חוק יחסי ממון, תוך שימוש בדוקטרינות הלכתיות מגוונות, שנועדו לגשר על הפער שבין ההלכה לבין החוק, כגון קבלה מפורשת של החוק על ידי הצדדים באמצעות "מעשה קניין".<sup>115</sup>

לצד חוק יחסי ממון והסדר איזון המשאבים שמכוחו, קיימת "חזקת השיתוף". המודל המשפטי של חזקת השיתוף מעניק זכות קניינית לבן הזוג בכל נכס שנרכש במהלך הקשר הזוגי, מייד עם רכישת הנכס. לכאורה, שני ההסדרים אינם יכולים לחיות בכפיפה אחת, שכן חזקת השיתוף מבטלת את הצורך באיזון משאבים, ובדרך כלל אכן יש הבחנה בין השניים: חזקת השיתוף חלה על זוגות שנישאו לפני כניסתו לתוקף של חוק יחסי ממון (1 בינואר 1974) או על זוגות שאינם נשואים, בעיקר ידועים בציבור, בעוד על זוגות שנישאו לאחר תאריך זה חל הסדר איזון המשאבים.<sup>116</sup> אולם, פסיקת בית המשפט העליון קבעה מצבים שבהם חזקת השיתוף חלה גם על בני זוג נשואים. לפי חוק יחסי ממון, איזון המשאבים אינו חל על "נכסים שהיו להם [=לבני הזוג] ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין".<sup>117</sup> עם זאת, בית המשפט

112 חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, סעיף 5.

113 שם. על ההבחנה בין זכות קניינית לזכות אובליגטורית רחויה, שאותה נקט חוק יחסי ממון, ראו בפסק דין יעקובי-קנובלר: ע"א 1915/91 יעקובי נגד יעקובי מט(3) 529 (1995).

114 על כוחו של הרישום בטאבו להכריע בשאלת בעלות בני הזוג בנכסי מקרקעין לפי ההלכה בפסיקת בתי הדין בימינו ראו אצל קליינמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 239-241.

115 וסטרייך, לעיל ה"ש 111, שם.

116 ראו עניין יעקובי-קנובלר, לעיל, ה"ש 113.

117 לעיל ה"ש 112, בסעיף 5(א)(1).

קבע בשורת פסקי דין כי אף שאיזון המשאבים אינו חל, חזקת השיתוף עשויה לחול. ההיגיון בכך הוא כי במקרים שבהם ניכר מהתנהגות הצדדים כי הם התכוונו להשתתף גם בנכסים אלו (המכונים "נכסים חיצוניים"), אזי תחול חזקת השיתוף, ולבן הזוג השני תהיה זכאות במחצית מהזכויות בנכס. נסיבות כאלו מתקיימות כאשר אף שהזכות הקניינית בנכס היא של בן זוג אחד בלבד, בן הזוג השני השקיע "דבר מה נוסף" משמעותי בנכס זה, השקעה המשקפת את רצונם של הצדדים בשיתוף. הלכה זו מכונה "הלכת השיתוף הספציפי".<sup>118</sup> בית הדין הרבני אימץ – שוב, ברצונו או בעל כורחו – את הלכת השיתוף הספציפי. אולם, כפי שנראה להלן, כשזו נגדה את תחושת הצדק של בית הדין, עלתה אל מעל לפני השטח ההתנגדות להלכה זו.

## 2. הדין הערכי: שיתוף בנכסים לאחר בגידת האישה

בגידת אישה כבעלה נתפסת מנקודת המבט ההלכתית כחמורה באופן מיוחד: היא מחייבת את הצדדים להתגרש, והאישה מפסידה את כתובתה.<sup>119</sup> אולם באופן עקרוני אין היא פוגעת בזכויותיה הקנייניות של האישה, כדברי התלמוד: "אם היא זינתה, כליה מי זנאי [=האם זנו]?"<sup>120</sup> אף על פי כן, מקרי בגידה של האישה מניעים את בית הדין להחמיר עימה ולנסות לצמצם את זכויותיה – אלו שממילא, לפי תפיסתו ההלכתית, היא אינה זכאית להן.

בתי הדין ניסו ליישם במקרי בגידה את סעיף 2(8) לחוק יחסי ממון, שלפיו ניתן לחרוג מחלוקה שוויונית של נכסי בני הזוג כאשר מתקיימות "נסיבות מיוחדות", ולתפיסתם בגידה נכנסת לקטגוריה של "נסיבות מיוחדות". אולם, בית המשפט העליון דחה בשנת 2008 פרשנות זו. "נסיבות מיוחדות" לשיטתו מתקיימות כאשר הנסיבות הכלכליות עלולות להוביל לכך שחלוקה שוויונית תיצור פער משמעותי בין בני הזוג, למשל כאשר כושר ההשתכרות של הבעל גבוה משמעותית מזה של האישה, ואילו שיקולי אשם אינם יכולים לשמש כעילה לפגיעה בזכויות הרכוש של בני הזוג.<sup>121</sup>

118 ראו בהרחבה שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** 171-200 (תשע"ו).

119 אישה המקיימת יחסי מין מחוץ לנישואין "אסורה לבעלה ולבועלה", ומוטלות עליה סנקציות כלכליות שבראשן אובדן הזכות לכתובה. היחס לגבר הבוגד באשתו איננו כה חמור: בגידת הבעל איננה מחייבת פירוד בין בני הזוג, ואיננה גוררת בהכרח סנקציות כלכליות על הבעל הבוגד. יש גישות המטילות חובת גירושין על הבעל מדין "רועה זונות" או מדין מאיסות, וכן עשויות לחייבו במלוא תשלום הכתובה, אולם חובת הגירושין, אם היא מוטלת, ניתנת לויתור מצד האישה (במקרה שבו היא מעוניינת להמשיך בקשר הנישואין על אף הבגידה), וככלל הסנקציות אינן מופעלות, בדרך כלל, במקרה של בגידה חד-פעמית (להבדיל מבגידת אישה בבעלה).

120 בבלי, כתובות קא, ב.

121 ראו תיק (גרול) 1219-21-1-1 **פלונית נ' פלוני** (20.9.2006): דעת הרוב (הרבנים שרמן



אלא שבשני מקרים סמוכים יחסית בזמן (סוף שנת 2017 ותחילת שנת 2018) שלל בית הדין הרבני הגדול את זכויותיה הרכושיות של האישה בעקבות האשמתה בבגידה.<sup>122</sup> הדבר נעשה לא ביחס לכלל נכסי בני הזוג שחולקו לפי חוק יחסי ממון, אלא ביחס לנכס שנטען כי אינו בר איזון. בשני המקרים הייתה זו הדירה שבה התגוררו בני הזוג במשך שנים ארוכות, אשר נרכשה על ידי הבעל לפני הנישואין. במקרה הראשון (להלן: תיק 2017), בית הדין לא קבע במפורש שבגידת האישה שוללת את זכויותיה, אלא בעקיפין: בגידת האישה הייתה עבור בית הדין מדר (אינדיקציה) לכך שלא התקיים "שיתוף ספציפי" בדירה. במקרה השני (להלן: תיק 2018), מדובר היה בדירה שנרכשה על ידי שני בני הזוג במימונו של אבי הבעל (היקף המימון היה שנוי במחלוקת), ושניהם נרשמו בטאבו כבעלי הדירה. בית הדין הרבני ראה את הדירה כמתנה של הבעל לאישה, ופסק כי כשהאישה מוכרזת כ"מורדת", המתנות שנתן הבעל לאישה חוזרות אליו, ולפיכך האישה אינה זכאית לחלק בדירה.

ההנמקות המשפטיות מפותלות ואינן מענייננו כאן. לדיוננו חשוב מקומו של שיקול הצדק בפסיקת בית הדין. שלילת זכותה של האישה בתיק 2018 נעשתה בשני שלבים: ראשית, בית הדין קבע כי יש לראות את הנכס כמתנה שנתן הבעל לאשתו, ושנית, הוא טען כי יש להחיל כאן את דין החזרת המתנות ב"מורדת". שני השלבים מנוגדים לפסיקה האזרחית: נכסי בני הזוג – גם אם נרכשו במימון של הורי אחד מהם בלבד – הם רכוש משותף, ומתנות שהעניקו בני הזוג זה לזה אינן חוזרות. על אף ניסיונותיו של בית הדין למצוא תימוכין לעמדתו בדין האזרחי, קשה לראות בדבריו תימוכין משכנעים, ובפועל – לאחר עתירה לבג"ץ – התיק הועבר לדיון מחודש בהרכב מורחב בבית הדין

ואיזירר) גרסה כי לאור בגידת האישה יש לחלק את הרכוש בצורה לא שוויונית, בהתאם לסעיף 28(2) לחוק יחסי ממון. הרב דיכובסקי, בדעת המיעוט, גרס כי אין לשלול מהאישה את נכסיה בעקבות הבגידה (השפעתה של הבגידה היא רק על השותפות בין בני הזוג מכאן והלאה). בג"ץ, כאמור בפנים, קיבל את הערעור ופסק כי שיקולי אשם אינם יכולים להשפיע על חלוקת הרכוש. ראו בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (8.10.2008). 122 תיק (גדול) 1125089/1 פלונית נ' פלוני (26.3.2018) (להלן: תיק 2018); תיק (גדול) 1073676/1 פלוני נ' פלונית (27.7.2017) (להלן: תיק 2017). על שני פסקי הדין הוגש בג"ץ: בג"ץ 4602/13 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (28.11.2018), הוגש כנגד ההחלטה בתיק 2017. העתירה נדחתה בהחלטה שעוררה סערה ציבורית רחבה, ובעקבותיה התקבלה בקשת המערערת לדיון נוסף שטרם הוכרע (דנג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (18.6.2019)). ההחלטה בתיק 2018 הועברה על ידי בג"ץ לדיון נוסף בהרכב מורחב בבית הדין הרבני הגדול, ראו להלן. חשוב לציין, שמגמות מצמצמות ביחס לחזקת השיתוף הספציפי קיימות בבית הדין הרבני גם בלא שיקולי אשם. ראו: תיק (גדול) 842067/5 פלוני נ' פלונית (29.5.2017). אולם שני המקרים הנזכרים מעוררים התנגדות רבה יותר בבית הדין הרבני בשל שיקולי הצדק המתוארים להלן.

הגדול.<sup>123</sup> מדברי בית הדין הגדול ניכר שאף הוא היה מודע לכך, אולם שיקולי הצדק הם שהנחו אותו. כך כותב הרב מימון נהרי בסיום דבריו, תחת הכותרת "יש דין ויש דייין":

עם סיום כתיבת פסק דין זה אי אפשר להתעלם מהמסר הברור היוצא מפסק הדין.

בית הדין דן ופוסק ומתווה את הדרך הראויה ביותר לחיזוק התא המשפחתי, בחינת "ביתי הוא מבצרי", לביסוסה של מערכת נישואין בריאה.

ידע גם ידע כל מי שמתכוון למרוד בכך או בבת זוגו שלא יקבל מתנה שניתנה במסגרת חיי הנישואין מבין או מבת זוגו, מתנה שניתנה לו על דעת חיים משותפים ללא מרידה. יש כאן תנאי מכללא ברור המבוסס על אדני ההלכה החוק והצדק הטבעי, שמתנה זו ניתנה כל עוד לא הייתה מרידה (המוגדרת כמרידה בעיני בית הדין) במערכת הנישואין [...]. כל דרך אחרת כמוה כעידוד לפירוק התא המשפחתי ולפירוק החברה הישראלית מערכים בסיסיים של צדק ויושר. יש בה פגיעה מהותית בזכויות הבסיסיות ביותר של נותן מתנה במערכת נישואין.

אפשר לראות זאת, כהנהגה של "מיטה יהודית" כנגד הנהגה של "מיטת סדום" – בחינת "הרצחת וגם ירשת" [...].

רעיון ומסר זה היה נגד עיניי והנחה אותי במתן הכרעתי להוציא את האמת והצדק לאור עם התשתית ההלכתית והמשפטית ששימשה את

בית הדין בפסק הדין.<sup>124</sup>

כלומר, שיקול הצדק הוא שהנחה את בית הדין: יש עוול מוסרי בהענקת רכוש לצד סרחה. שיקולי הצדק, המעוגנים לשיטת בית הדין בהלכת המורדת, מצדיקים אפוא את הסטייה מהדין האזרחי, סטייה שלטענת בית הדין לגיטימית גם מנקודת מבט אזרחית. חשוב להדגיש: ברי כי שיקולי הצדק כאן שווים בעיני בית הדין להלכה, ולפיכך הוא מכריע כמותם (תוך פרשנות דחוקה של הדין האזרחי). ברם, פסק הדין היה תקף גם ללא טיעוני הצדק הללו, בהתבסס על פרשנותו (הדחוקה) של בית הדין לדין האזרחי. לפיכך, העובדה שהרב נהרי מדגיש את היבט עשיית הצדק שבפסק דינו – "אדני ההלכה, החוק והצדק הטבעי" – ואף חוזר על כך שלוש פעמים, ממחישה כי בעיניו שיקול זה הוא לכל הפחות חלק מההנמקה ההלכתית המצדיקה את הסטייה מהדין האזרחי.

פסק הדין בתיק 2017, שניתן חודשים ספורים לפני פסק הדין המצוטט לעיל, שלל אף הוא זכויות שיתוף בדירה מהאישה על רקע בגידתה בבעלה. פסק הדין מבסס את

123 ראו בג"ץ 3092/18 פלונית נ' ביה"ד הגדול בירושלים (10.12.2018). בסופו של דבר האישה הוכיחה את חלקה בנכס נשוא המחלוקת שלא מכוח הלכת השיתוף הספציפי, ועמדתה התקבלה, כך שהדיון בהרכב המורחב התייתר.

124 תיק 2018, לעיל ה"ש 122, בעמ' 66 לפסק הדין.

עמדתו על ניתוח כוונת השיתוף של הצדדים וקובע כי לא התקיימו התנאים לשיתוף בנכס הספציפי. פסק הדין אושר בג"ץ, אף כי יש בו קשיים רבים, ולא בכדי נקבע לגביו דיון נוסף.<sup>125</sup> מבין השיטין ניכר כי גם כאן טענת הבגידה הייתה הגורם שהניע את פרשנותו של בית הדין, כפי שכותב הרב נהרי:

כבר כתבתי בפסק דין שפורסם לפני כשבועיים את עמדתי בעניין הלכת שיתוף ספציפי, שעל בית הדין לנהוג באמות מידה מחמירות להוכחות כוונת שיתוף הבנויה על הפסיקה האזרחית, קל וחומר כאשר מצטרפת למקרה עילת בגידה שבוודאי אי אפשר לומר שיש אומדנה לכוונת שיתוף מצד המערער הנבגד על ידי המשיבה.<sup>126</sup>

שני פסקי הדין חורגים אפוא – מי יותר ומי פחות – מהפסיקה האזרחית בשאלת שיתוף הנכסים, אם כי הם מנסים למצוא בסיס גם לפרשנותם שלהם, ומצהירים בגלוי על ההִנְיָעָה (המוטיבציה) הפרשנית שלהם: חוסר הצדק שבהענקת זכויות קנייניות לאישה שבגדה בבעלה. אולם, בהשוואה לנושאים האחרים הנידונים במאמר הנוכחי יש ייחודיות בדוגמאות אלו: במקרים הנדונים בסעיף זה מדובר על הצעת פרשנות חלופית לעקרונות החוק לזו של בית המשפט העליון. אף שמבחינת הדין הישראלי פרשנותו של בית המשפט העליון מחייבת את שאר הערכאות כחוק,<sup>127</sup> בית הדין אינו חש מחויב לכך ואינו רואה פרשנות זו כשוות ערך ל"חוק" לכל דבר ועניין. ומשכך, קל לו יותר לסלול לעצמו דרך חדשה, עד שזו נדחית מפורשות על ידי בג"ץ, וחוזר חלילה.

חירות פרשנית שכזו כלפי קביעותיו של בית המשפט העליון איננה חדשה. בית הדין מאמץ חירות שכזו לא אחת.<sup>128</sup> כך נקט גם בית הדין הרבני בנתניה ביחס לפסק דין בבלי בנושא הלכת השיתוף, תוך שהסביר את ההיגיון ההלכתי מאחורי עמדה זו. בית הדין טען כי פסק הדין מבוסס על שיקולים ערכיים של בית המשפט העליון, ולפיכך אין לראותו כמחייב מדין "מנהג המדינה", אלא דינו כ"דין ערכאות" (פסיקת בתי משפט של גויים, שאין לה תוקף הלכתי), וזאת להבדיל מחוק יחסי ממון בין בני זוג. בלשונו של הרב אריאל ינאי:

מסכים אני למסקנותיו של הרב שרמן במאמרו בנוגע להלכת השיתוף שיש לראות בה כדין ערכאות ואין לראותה כמנהג המדינה. במאמר נוסף

125 ראו בג"ץ 4602/13, לעיל ה"ש 122.

126 תיק 2017, לעיל ה"ש 122, בעמ' 13 לפסק הדין.

127 ראו חוק יסוד: השפיטה, סעיף 20.

128 למשל בתי דין רבניים מאפשרים כריכת ענייני רכוש ומזונות בתביעת גירושין מנישואין אזרחיים, בניגוד לפסיקת בג"ץ בעניין בני נח (בג"ץ 2232/02 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, פ"ד סא(3) 496 (2006), פסקה 31 לפסק דינו של הנשיא ברק), שאותה הם מפרשים כאמרת אגב (אוביטר) בלבד. ראו אבישלום וסטרייך "רטוריקה ומהות", לעיל הערה 19, בעמ' 543, 574-576.

בקובץ "תחומין", חיזק הרב שרמן את עמדתו ביחס להלכת השיתוף תוך ציטוט דברי הנשיא ברק בתיק בבלי ששם הוא קבע ש'הילכת השיתוף הוא מכשיר שיש בו כדי ליצור צדק חברתי של שוויון ויש בכך הנחלת ערך חברתי צודק בציבור הישראלי'. כלומר, לא מדובר כאן במנהג מדינה שפשט מתוך הסכמה של הציבור אלא כהנחלת ערכים מצידו של הבג"ץ כאמצעות פסיקה אזרחית. אכן, בהתאם לכללים שקבע המהרשד"ם ב"מנהג המדינה", אני מצטרף לדעתו שאין לראות בהלכת השיתוף כמנהג המדינה. עם זאת עלי לציין שלדעתי הדבר שונה בתכלית ביחס לחוק יחסי ממון שנקבע בחקיקה ושנוהגים על פיו [...]<sup>129</sup>

בסיכומם של דברים, שיקולי צדק שמפעיל בית הדין הרבני מושתתים מטבע הדברים לעיתים על תפיסה ערכית שונה, שאותה הוא מייצג. תפיסה זו מצדיקה, בעיני בית הדין, את דחיית הדין האזרחי, אולם בצורה מסויגת – במקרים שבהם ההתנגשות שבין ההלכה והדין האזרחי בוטה במיוחד. במקרים הנידונים בסעיף זה החוק האזרחי אומץ אומנם למעשה – ברצון, או בלית ברירה, מכוח פסיקותיו של בית המשפט העליון – אולם בית הדין פיתח מנגנונים לדחיקת רגליו של הדין האזרחי ולצמצום יישומו, וזאת כאשר הדבר נראה בעיניו, מן הזווית ההלכתית, מנוגד לשיקולי צדק. בית הדין משתמש במגוון כלים, ובהם פרשנות מצמצמת של הדין האזרחי או יצירת הבחנה בין מידת תוקפו המחייב של החוק האזרחי לזו של פסיקת בית המשפט העליון – את החוק האזרחי מוכן בית הדין לקבל, גם אם לא תמיד בשמחה, ואילו הפסיקה האזרחית, בעיקר זו המלווה במעטה של אידיאולוגיה, המנוגדת לתפיסת עולמו של בית הדין, מעוררת אצלו התנגדות גדולה יותר.<sup>130</sup>

## ז. סיכום ומסקנות

מאמר זה דן בשאלה אם דיניים ופוסקים מאמצים את הדין האזרחי, היינו החוק והפסיקה האזרחיים (להלן: החוק), גם כאשר הוא מנוגד לדעתם לשיקולי צדק. הדעות חלוקות בעניין זה. יש דיניים הסוברים, כי אימוץ החוק כפוף לשיקולי צדק. כמה מהם מסרבים לפסוק על פי חוק, כולו או חלקו, כאשר תוכנו נראה בעיניהם בלתי צודק (הרבנים עוזיאל, מ"י מאוז ורב ליאור). ויש מהם שנוקטים גישה שלפיה, גם כאשר תוכנו של החוק צודק באופן כללי, אם יישומו במקרה הנידון יביא לתוצאה שאינה צודקת בעיניהם אזי אין לתת לו תוקף.

129 תיק (נתניה) 764411/1, לעיל ה"ש 110, בעמ' 21 לפסק הדין.

130 וראו עוד לעיל בה"ש 110.

שני ביסוסים הלכתיים נותנים הדיינים לגישה האחרונה. האחד, כי אף על פי שיש תוקף הלכתי לחוק האזרחי, רשאי הדיין לפסוק במקרה הנידון שלא לפי החוק מכוח סמכותו לפסוק על דרך "פשרה" ולא לפי דין תורה (הרב רב ליאור). הביסוס ההלכתי השני לגישה זו מושתת על תשובת החת"ם סופר, שלפיה יש לתת תוקף לחוק אם גם חכמי ההלכה היו מתקנים, היינו: מחוקקים, אותו. מתשובה זו מסיקים שני דיינים ברשת בתי הדין ארץ חמדה – גזית (הרבנים יוסף כרמל וסיני לוי), כי גם אם חוק מסוים ראוי באופן עקרוני – רשאי דיין לאמצו "באופן ביקורת", על פי שיקול דעתו". כלומר, אם הדיין סבור שבמקרה מסוים יגרום החוק לעוול, אל לו לפסוק לפי החוק, שכן חכמי ההלכה לא היו מחוקקים חוק שיחול במקרה כזה ויגרום לחוסר צדק. במכתב למחברי המאמר הבהיר הרב סיני לוי, כי כוונתו לא הייתה שיש להחיל את חוק המתווכים במקרקעין לפי שיקולי צדק פרטניים בכל מקרה, אלא שמלכתחילה החלת החוק מוגבלת רק למקרים שבהם יש עמימות בשאלת החיוב בדמי התיווך, ולפיכך אין להחילו כאשר ברור מן הנסיבות שהלקוח ידע שעליו לשלם על התיווך והוא מנצל את החוק כדי להשתמש מכך. לטענתו, ההלכה מעדיפה את הצדק על פני דרישות פורמליות ושיקולים דינאיים כגון מניעת ריבוי התדיינויות. גם דיינים נוספים ברשת הנזכרת אימצו עמדה זו, והיא הפכה ל"מדיניות בית הדין". לאור גישה זו פוסקים הדיינים ברשת ארץ חמדה – גזית כי אם ברור מן הנסיבות ששירותי תיווך ניתנו בתשלום, הלקוח חייב לשלם למתווך גם אם לא היה מסמך בכתב, בניגוד לקביעת חוק המתווכים במקרקעין. הערנו כי פסיקה כזו עלולה לסכל את תכלית החוק.

לעומת דעות אלו, יש דיינים הסוברים כי יש לתת לחוק האזרחי תוקף מכוח "דינא דמלכותא" או "מנהג המדינה" גם אם החוק מנוגד לשיקולי צדק (הרב מטשעבין והרבנים יצחק יעקב וייס, יעקב ישעיה בלוי, חיים דוד הלוי ויוסף אליהו הענקין – בנוגע לחוקי הגנת הדייר, והרב אוריאל לביא – בנוגע לחוק המתווכים במקרקעין). דבריהם מתייחסים לשני סוגי חוסר הצדק שנזכרו לעיל: האחד, תוכן החוק אינו צודק במציאות העכשווית, למשל עקב שינוי הנסיבות מאז חקיקתו, והסוג השני, החוק צודק וראוי אולם יישומו במקרים מסוימים גורם לתוצאה שאינה צודקת. הנימוק של שניים מן הדיינים לגישה זו היה שכך טבעו של כל חוק, שהוא עלול לגרום לחוסר צדק במיעוט מן המקרים, ולכן אין בכך כדי לשלול את תוקפו (הרב ח"ד הלוי בישראל, והרב הענקין בארה"ב).

ניתוח עמדות אלו שימש עבורנו קרש קפיצה לדיון בהיבטי עומק הנוגעים למפגש שבין ההלכה לבין הדין האזרחי, במיוחד בהקשר של מדינת ישראל. מטרתנו בדיון זה הייתה לחשוף כי לעיתים פסיקות של דיינים מתאפיינות ברטוריקה מסוימת, ואילו מתחת לפני השטח הן מסתירות תפיסה שונה. כך, ניתוח המאפיינים הפרשניים של עמדתם של דייני ארץ חמדה – גזית שנזכרו לעיל, אשר סייגו את יישום חוק המתווכים במקרקעין, עשוי אולי ללמד דווקא על הפנמה ואימוץ מהותיים של הדין האזרחי, לא רק בתכנון אלא גם בעקרונות הפרשניים שלו ובראשם פרשנות תכליתית של החוק. מן הצד השני,

כמה פסקי דין של בית הדין הרבני הממלכתי בענייני רכוש בסכסוכי גירושיין, אף שהם מלווים ברטוריקה של אימוץ הדין האזרחי, בסופו של דבר משקפים גישה של רתיעה מפניו והתנגדות מהותית לו, הרואה בפערים שבין ההלכה לבין הדין האזרחי פערים ערכיים-אידיאולוגיים, שקשה לעיתים לגשר עליהם.

אפשר אפוא לזהות בפסיקות שנותחו במאמר זה שתי מגמות עומק: האחת – מגמה המאמצת ומקבלת את הדין האזרחי, והשנייה, מגמה המסתייגת ממנו. מן הראוי להדגיש שוב: לא עסקנו במאמר זה בעמדות המסתייגות באופן עקרוני ממתן תוקף לדין האזרחי, אלא בגישות המוכנות לקבלו באופן עקרוני.<sup>131</sup> בתוך אלו, כאמור, זיהינו תנועת רצוא ושוב (דינמיקה) שנעה בין קבלה של הדין האזרחי לבין דחייה, מפורשת או סמויה, שלו. זאת ועוד, אף שמדובר בגישות שונות – וכאן ביקשנו לאתר ולאפיין גישות שונות אלו – אין הן בהכרח סותרות, ובהחלט ייתכן שהדבר תלוי בנושא הנידון. כך למשל עולה מפורשות מפסיקתו של הרב אוריאל לביא. הוא מסתייג עקרונית ממתן תוקף לחוקים המבקשים להחיל "תפיסת עולם" שונה מתפיסת העולם ההלכתית, אך מוכן לקבל וליישם חוקים אחרים, כדוגמת חוק המתווכים במקרקעין – חוק אשר אינו מעלה שאלות ערכיות מהותיות, אלא יש בו הסדרה עניינית שנועדה לטובת הכלל – גם אם הדבר עלול לגרום לחוסר צדק במקרה מסוים.

מכל מקום, זיהויה של דרך הפסיקה ההלכתית לריבוי צדדיה, כמו גם חשיפה של מגוון הדרכים הפרשניות הפרוסות לפניה – דרכים המאפשרות כאמור פער בין רטוריקה גלויה לבין עמדה שונה, הסמויה מתחת לפני השטח – הן לדעתנו בעלות חשיבות. חשיבותן היא בכך שהן מסייעות להבנת מורכבותו של המפגש שבין ההלכה לבין הדין האזרחי. במפגש מורכב זה אפשר לזהות מגמות מאמצות, הן כאשר לתכני החוק והפסיקה האזרחיים, והן – לטענתנו – כאשר לכלים ולעקרונות פרשניים המעצבים אותם. לצד מגמות אלו, מוליד המפגש האמור גם מגמות של דחייה, הן כאלו החוששות מהשפעת "תפיסת עולם זרה" של הדין האזרחי על ההלכה, והן כאלו המוטרדות מחוסר הצדק שיש בחוקים או בפסקי דין אזרחיים מסוימים או מחוסר הצדק שעלול להיגרם מיישומם של אלו במקרה הנידון.

131 הסתייגות עקרונית כזו מצויה אצל חלק מן הפוסקים והדיינים החרדים בזמננו. ראו: קליינמן, "סכסוכי ממון", לעיל ה"ש 2.